Avv. Giulio Petroni
professore pareggiato di diritto romano nella r. università di Napoli.

LA FUNZIONE

DELLA

DOTE ROMANA

NAPOLI
NICOLA JOVENE & C.°, EDITORI-TIPOGRAFI
Cortile S. Chiara
1897

INDICE

Appendici.

Introduzione.

1. Indagine feconda del più alto interesse dommatico, delle più importanti conseguenze, è quella di sapere se la relazione agli *onera matrimonii* appartenesse al concetto della dote romana, per guisa che l'essenza di questa venisse determinata dalla funzione di sopperire a tali *onera*. La definizione e il carattere della *dos*, l'acquisto dei frutti da parte del marito durante il matrimonio e la loro divisione nel tempo dello scioglimento di esso, dipendono appunto dal rapporto della *dos* cogli *onera*, e quindi dallo scopo, che quella doveva raggiungere.

2. Gli scrittori antichi ritennero che la *dos* era data *ad onera matrimonii ferenda*, ma non ne ritrassero il vero concetto, e si abbandonarono a gravi dubbî intorno ad esso [1]. I quali si rinnoverebbero anche oggi, se non

[1] Il TIGERSTRÖM (*Das Römische Dotal-Recht*, vol. I, pag. 38, nota 39) osserva giustamente, che dall'essersi trascurato ciò che è assai necessario alla determinazione del concetto della dote romana derivarono i più eterogenei e multiformi concetti di essa, e fu possibile impegnarsi in discussioni fuori di strada; onde le definizioni della *dos* furono così varie che l'*Hahn* (*ad Wesemb. de jur. dot.* n. 2) non trovò a far meglio

si fosse certi degli elementi, onde tale concetto risulta, e questo muterebbe, secondo che nella *dos* si ammettesse una funzione invece di un'altra. Sicchè la nostra indagine mira alla costruzione giuridica di tutto l'istituto dotale romano, ed è come il centro, da cui partono, ed a cui ritornano tutti i principii, che lo governano [2]).

3. Noi intendiamo dimostrare come l'antica e dominante opinione, che ammette nella *dos* il contributo agli *onera matrimonii*, sia la più vera e la sola, che resiste a tutte le obiezioni. Opportunamente osservava il *Leonhard* che la determinazione del concetto della *dos* sarebbe più difficile della quadratura del cerchio, se non

---

che affermare di potersi definire diversamente la *dos*, secondo i diversi significati della parola stessa. Si cercarono quindi, il più che fosse possibile, molte definizioni o significati della *dos*. Ma la confusione, che ne risultò, fu grandissima, e si rimase lontani dal vero carattere della *dos*, che divenne in tal guisa assolutamente irriconoscibile — Cfr. questo ed altro nel TIGERSTRÖM, l. c.

[2]) Anche nella dottrina dei codici moderni, che hanno seguìto il sistema dotale, è importante determinare se la funzione della dote sia quella della *romana dos*, perchè solo in tal caso si potranno trovare gli elementi del concetto, e mettere a profitto, nella risoluzione delle varie controversie, i tesori del diritto classico romano. E pure sotto l'impero del codice italiano, che dal codice albertino ha tratta la definizione più completa della dote (art. 1517 cod. albert., 1388 cod. it.), le più gravi quistioni intorno alla insequestrabilità dei frutti dotali, alla inammissibilità dell'azione rivocatoria per frode contro il marito, *fraudem non participante*, non si sono potuto risolvere se non studiando la funzione della *dos*, che è avvinta agli *onera matrimonii*.

si volesse più nulla sapere del suo scopo di mantenimento (*Versorgungszweck*) [3].

Ma, per rendere più evidente la nostra dimostrazione, vogliamo qui premettere alcuni punti della dottrina della *dos*.

I.

Il matrimonio romano, per sè stesso, non esercitava alcun influsso sul patrimonio dei coniugi.

4. Nel tempo antico la conservazione e la propagazione del casato furono ritenute, secondo il concetto politico e religioso, come un dovere di coscienza [4]. Il matrimonio romano era rivolto allo scopo di procreare figliuoli (*liberorum quaerendorum causa* [5]), e, in relazione

---

[3]) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, vol. 14, 1893, pagina 286, Litteratur.

[4]) e [5]) GLÜCK (*Ausfürliche Erläuterung der Pandecten*, 23, pag. 137, e traduz. ital. lib. 23, pag. 152 e 153), che tuttavia sembra un po' incerto.

Il VOIGT (*Die lex Maenia de dote vom Iahr* DLXVIII *der Stadt*, Weimar 1866, pag. 83, nota 131), ricorda che le più antiche fonti riescono alla definizione: *nuptiae sunt coniunctio inter marem et feminam, inter quos conubium est, liberorum quaerendorum causa*, e che la dimanda rivolta dal censore, secondo GELLIO (IV, 3, 2, XVII, 21, 44, DION. II, 25), era questa: *tu ex animi sententia uxorem liberum quaesundum gratia habes?* — Cfr. CIC. *in Verrem* 3, 69, 161: *susceperas enim liberos non solum tibi sed etiam patriae*,

con tutto il diritto privato che si riferiva al *pater familias*, sembrava essenzialmente unilaterale e veniva costituito nell'interesse del marito, cui porgeva il mezzo di

---

Vedi MARQUARDT (*Das Privatleben der Römer*, Leipzig 1886, vol. I, introduzione pag. 1, nota 4). Cfr. ULPIANI *fragm.* III, 3 e l. 220, § 3, D. *de verb. signif.* 50, 16. Così pure lo CZYHLARZ (*das römische Dotalrecht*, pag. 10, nota 4 *a*), e lo SCHUPFER. (*La famiglia secondo il diritto romano*, p. 4 e seg.) L'HASSE (*Das Güterrecht der Ehegatten nach Römischem Recht*, pag. 21 e 22) non crede che i giuristi romani abbiano avuto questo concetto del matrimonio. Il SAVIGNY (*Vermischte Schriften*, vol. I, pag. 83) dimostra che la formola *uxor liberorum quaerendorum causa* è la più forte e solenne espressione di *uxor*, ed indica piuttosto il generale carattere del matrimonio seriamente pensato. Il quale concetto sembra seguire il REIN, (*Das Privatrecht und der Process der Römer*, Leipzig 1858, pag. 369 e 370), perchè dice che *uxor liberorum quaerendorum causa* non significa altro che una vera e legittima *uxor*. Anche il KARLOWA (*Die formen der Römischen Ehe und manus*, pag. 73, nota 183) non crede che quella formola esprima tutta l'intima essenza del matrimonio romano, poichè nel tempo più antico non si riconosceva altro matrimonio che quello *cum manu*, la cui natura dalla ricordata formola non era completamente espressa. Cfr. pure KARLOWA (*Rechtsgesch*, pag. 179 e 180). La opinione manifestata nel testo è ammessa da ROSSBACH (*Untersuchungen über die römische Ehe*, pag. 4 e 5) KUNTZE (*Cursus des römischen Rechts*, 1879, § 763, pag. 537) VOIGT (XII *Tafeln*, § 157, nota 1 e *die römische Privataltertümer*, pag. 450, nota 12), HÖLDER (*die römische Ehe*. specie nella pag. 14), e BRINI (*matrimonio e divorzio*, vol. I, pag. 23 e seg., pag, 63 e seg.). Il *liberum quaesundum gratia* risponde meglio al carattere di unilateralità del matrimonio romano, che il BRINI ha largamente svolto.

fondare una casa propria e di produrre la prole, che gli assicurasse la propagazione del suo nome ed una specie d'immortalità. La formola « *liberorum quaerendorum causa* » nella bocca del romano voleva indicare innanzi tutto conservazione del sangue romano, rinvigorimento del romano impero, immortalità della nazione [6]). Ma il matrimonio, quantunque si ritenesse come una comunanza di tutta la vita, non influiva immediatamente sul patrimonio degli sposi, dei quali ciascuno conservava il suo. La comunione dei beni non assunse una forma giuridica come conseguenza legale e necessaria del matrimonio: era invece il prodotto del libero volere dei coniugi, che si attuava nella *societas omnium bonorum*; e questo rapporto non si svolgeva solo nel matrimonio, in cui anzi fu assai meno frequente [7]). Il matrimonio *cum conventione in manum*, unica forma del matrimonio primitivo, per quanto allo stato della scienza è dato di accertare, non produceva alcuna comunione di beni, giuridicamente

---

[6]) KUNTZE, op. cit. § 763, pag. 537.

[7]) LEONHARD (*Institutionen des röm. Rechts*, pag. 196). SCEVOLA dà un esempio di *societas omnium bonorum* tra coniugi nella l. 16, § 3 D. DE ALIMENTIS VEL CIBARIIS LEGATIS, 34, 1.

Qui societatem omnium bonorum suorum cum uxore sua per annos amplius quadraginta habuit... L'ESMEIN (*Mélanges, Droit romain*, pag. 35), ricordando la *laudatio funebris* di TURIA (I, 37 e seg.) dice che costei abbandonò al marito il governo di tutta la sua fortuna, conchiudendo forse con lui una *societas omnium bonorum*. Ma ciò non sembra riferirsi che al lato etico, e dimostra soltanto la vera comunanza della vita di *Turia* col marito.

considerata: produceva solo la *manus*, che agiva sul patrimonio della donna, e tutto quanto in questo riguardo eravi di giuridico derivava dalla *manus*, non dal matrimonio [8]).

5. Il diritto romano pone a fondamento nel matrimonio il principio della più completa separazione giuridica patrimoniale fra i coniugi. Il matrimonio produce effetti giuridici patrimoniali, ma essi sono puramente negativi, e si manifestano nel divieto delle donazioni *inter virum et uxorem*, nella inammissibilità dell'*actio furti*, perchè le sottrazioni tra coniugi si perseguono, *in honorem matrimonii*, coll'*actio rerum amotarum*, e nella così detta *praesumtio Muciana*, per cui ogni acquisto fatto dalla moglie si riteneva, quando ella non potesse dimostrarne l'origine, che le fosse pervenuto dal marito, e per donazione di lui [9]).

---

[8]) HASSE, op. cit. pag. 205.

[9]) Su questi effetti patrimoniali negativi, come acutamente li chiama lo CZYHLARZ (*Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechts*, Wien 1889, pag. 226), cfr. la l. 1, D. DE DONATIONIBUS INTER VIRUM ET UXOREM, 24, 1. ULPIANUS *libro trigesimo secundo ad Sabinum*

Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate:

la l. 1, D. DE ACTIONE RERUM AMOTARUM, 25, 2. PAULUS *libro septimo ad Sabinum*

Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam

Questa separazione di patrimonio non nuoce alla intimità del rapporto coniugale, come il *Puchta* ha dimostrato, poichè se tra i coniugi esiste veramente quella comunanza di vita, in cui è riposta la essenza del matrimonio, potranno essi di volta in volta governarsi liberamente da sè medesimi, e garentirsi quello, che nel sistema della comunione sarebbe una conseguenza giuridica. In tal guisa avranno frequenti occasioni per confermare sempre il contenuto morale del matrimonio in una maniera patrimoniale. Se invece venisse meno tra gli sposi il sentimento etico, la moglie sarebbe dal sistema della separazione protetta contro ogni usurpazione del marito, e il diritto stesso, limitando la libertà dei coniugi, verrebbe a scongiurare il pericolo che essi ne abusassero, come quando si arricchissero l'uno a danno dell'altro [10]).

---

facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et Julianus rectissime est:

e, sulla così detta *praesumtio Muciana*, la l. 51, D. DE DONAT. INTER VIR. ET UX. 24, 1. POMPONIUS *libro quinto ad Quintum Mucium*

Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse. (Questo frammento è riportato dal LENEL, *Palingenesia*, q. MUCIUS SCAEVOLA I, n 19, pag. 759. Cfr. pure BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt,* Lipsia 1896, pag. 66).

[10]) Cfr. PUCHTA (*Vorlesungen* 5ª ediz., vol. 2, pag. 275

6. Essendo il matrimonio romano costituito nell' interesse del marito, gli *onera* n' erano sopportati da lui, e colpivano il suo patrimonio, o quello del *pater familias*, se il marito fosse ancora sottoposto alla *patria potestas* [11]). Il patrimonio della donna non soffriva per ciò alcun peso. Ella, anche ricca, non era obbligata, nemmeno in parte, a contribuire agli *onera matrimonii*. Questi consistevano nel mantenimento della moglie, nel mantenimento e nella educazione dei figliuoli [12]).

---

e seg.) e CZYHLARZ (*Ehe und Eheliches Güterrecht der Römer mit bezug auf die heutigen verhältnisse,* Vien 1893, pag. 16 e seg.). Questo lavoro mi fu cortesemente inviato dall'illustre autore in un *Separat-Abdruck aus der Juristischen Viertel-jahresschrift, herausgegeben von den Professoren Ullmann, Franckl e Finger*, 25, Bd. (9 Bd., II e III Heft). Il Prof. CZYHLARZ (ivi, pag. 17) con i vantaggi del sistema dotale spiega il fatto di essersi, in occasione del progetto del codice tedesco, presentate da società di donne petizioni per quel sistema.

[11]) Lo CZYHLARZ (*das römische Dotalrecht*, pag. 10, nota 4) avverte che, per quanto egli sappia, non esiste un principio giuridico, dal quale il marito sia obbligato a sopportare gli *onera matrimonii:* che, dovunque si parli di questo dovere, lo si pone come qualcosa di già esistente, e che s'intende da sè medesimo, come si raccoglie dai seguenti luoghi, citati dallo stesso CZYHLARZ: l. 20, § 2, l. 46, D. FAM. ERCISCUNDAE, l. 16, D. DE CASTRENSI PECULIO 49, 17, l. 65, § 16, D. PRO SOCIO 17, 2, l. 56, § 1, 2, D. DE IURE DOTIUM, a cui si potrebbero aggiungere la l. 7 pr. D. DE IURE DOT. e la l. COD. h. t. Il dovere di sopportare gli *onera* esiste nella specifica concezione del matrimonio romano, e quindi in tutta la posizione giuridica del marito rispetto alla moglie (CZYHLARZ, ivi stesso, pag. 10).

[12]) Il VOIGT (*die lex Maenia*, pag. 83, nota 133) ritiene

7. Ma, ad alleviare questi pesi, una esigenza dell'e-

---

che le spese di alimentazione e di educazione dei figliuoli siano stati nel tempo più antico l'unico peso pecuniario, che il matrimonio addossava al *pater familias,* poichè l'opera e il sopraintendere della moglie alla casa e agli orti erano di più alto valore pecuniario della spesa richiesta pel mantenimento di lei medesima; sicchè ella, soggiunge il VOIGT, era un capitale produttivo della famiglia e su di ciò fondavasi la originaria regola ariana, che ancora si riflette nella *coemtio* dei romani, per cui lo sposo comprava la donna dal padre di lei.

Le fonti non dichiarano espressamente l'obbligo del marito a mantenere la moglie, nè che costei abbia di regola azione per costringervelo. Essendo liberissimo il divorzio, questo silonzio si spiega facilmente, perchè il marito avrebbe potuto col divorzio sottrarsi a tale obbligo, e la moglie pure col divorzio liberarsi da colui, che le negava gli alimenti. Ma quel-l'obbligo è nelle fonti presupposto. Cfr. HASSE (*Das Güterrecht der Ehegatten,* pag. 399 a 407). GLÜCK (*Ausfürliche Erläuterung der Pandecten,* vol. 24, pag. 382), SINTENIS (*Das practische gemeine Civilrecht,* vol. 3, § 131, nota 14). SEUFFERT (*Praktisches Pandektenrecht*, vol. 3, 4ª ediz., § 448, nota 12), WINDSCHEID (*Lehrbuch des Pandektenrechts,* vol. 2, § 491, nota 2, e § 493, nota 3). BARON (*Pandekten,* 9ª ediz., § 331). DERNBURG (*Pandekten,* 4ª ediz., vol. 3, pag. 10, nota 9). SOHM (*Institutionen des Röm. Rechts,* 5.ª ed. § 81, pag. 359). Cfr. pure le l. 21 pr. e § 1, D. DE DONATIONIBUS INTEM VIRUM ET UXOREM, 24, 1; l. 31, § 8 D. eod.; l. 11 COD. eodem; l. 22, § 8, e l. 42, § 2, D. in f. SOLUTO MATRIMONIO, 24, 3. [Sulla interpolazione dei §§ 7 e 8 della l. 22, D. SOL. MATR. vedi CUIACII (*opera* II, pag. 886, A. B). HASSE (*Das Güterrecht,* pag. 402). BECHMANN (I, 144 e II, 492). GRADENWITZ (*Zeitschrift der Savigny-Stiftung,* vol. 7, pag. 60) e APPLETON (*Des interpolations dans les Pandectes,* Paris 1895, pag, 24, 25, 79, 218)].

quità, consacrata dal costume antichissimo [13]), richiese che da parte della donna, o di altri per lei, si portasse al marito un contributo, che aumentava il patrimonio di lui e costituiva la *dos* [14]). Anche lo stato s' interessò a

---

Nei *Basilici*, in ordine agli *onera*, si trovano le seguenti parole dello scoliaste « *onera autem matrimonii sunt liberi et* UXOR, *quos maritus alere cogitur* (cfr. SCH. AD BAS. XXIX, I, LII, 2, *Heimbach*, III, pag. 391).

[13]) Veggasi i noti luoghi di PLAUTO (AULUL. II, 2, 13 e seg ediz. LEO).

> ... *Eucl. Meam pauperiem conqueror*
> *virginem habeo grandem, dote cassam atque inlocabilem*
> *neque eam queo locare quoiquam* ...

E TRINUMM. III, 2, 63 e seg.

> *sed ut inops infamis ne sim, ne mi hanc famam differant,*
> *me germanam meam sororem in concubinatum tibi,*
> *sic sine dote (dem), dedisse magis quam in matrimonium,*
> *quis me improbior perhibeatur esse? haec famigeratio*
> *te honestet, me conlutulentet, si sine dote duxeris:*

Era dunque un debito di onore, fin dai tempi antichissimi, di dotare la figliuola, o la sorella, quantunque lo sposo non lo chiedesse. *Appio Claudio* riferisce (VARRONE, *de re rustica* III, 16), come prova della sua povertà, l'aver data la sorella in isposa al noto *Lucullo* senza dote. CIC. *pro Quint.* 31. Tutto ciò vedi nel REIN (*Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer*, Leipzig 1858, pag. 433, nota 2). Cfr. pure CZYHLARZ (*Das röm. Dotalr.* pag. 12, nota 11 e 12). LEIST (*Graeco-italische Rechtsgeschichte*, Jena 1884, pag. 75 a 76).

[14]) La parola « *dos* », che già gli antichi, come osserva lo CZYHLARZ, traggono da διδόναι, è identica alla greca δώς,

promuovere i matrimonii, ed il mezzo n'era la *dos.*, che

---

avendo entrambe la radice sanscrita *dâs=dare, porrigere*. Lo stesso significato hanno anche le parole *donum*, *δῶρον* (sanscrito *dana*). *Dos* indica quindi un dono, e ciò non escluda che nel rapporto giuridico abbia il significato speciale di dono per cagione dei pesi matrimoniali. *Festus* IV, h. v. *Varro* l. 1, V. 175—*Paullus Diac.* verb. *dotem* e *Comm. in Corp. Grammat. veter.* vol. II, p. 399. (CZYHLARZ, *Das röm. Dotalr.*, pag. 11, nota 10), La espressione *res uxoria*, che si trova in TREENZIO (*Andr.*, V, 1, 10, ediz. FLECKEISEN), appare di data più recente: *dos* è la voce più antica. In VALERIO MASSIMO si discorre della *dos* di una certa *Megullia* (IV, 4, 10). Cfr. VOIGT (*die lex Maenia*, nota 55). Il WÄCHTER (*Ueber Ehescheidungen bei den Römern*, Stuttgart 1822, pag. 113) nota esattamente che la parola *dos* venne senza dubbio usata da principio per tutto il patrimonio, che la donna portava al marito, e solo più tardi ricevette il proprio e tecnico significato di dote.

Nelle fonti la parola *dos* è pure adoperata in senso volgare (*quasi dos*). Cfr. l. 59, § 2, DE IURE DOT.; l. 17, § 1, D. DE REBUS AUCTORITATE IUDICIS POSSIDENDIS 42, 5; l. 39, D. DE IURE DOT.; *Vaticana fragm.* § 111, (ed. MOMMSEN), BECHMANN II, pag. 42, nota 3. Ci pare esatto di distinguere la *dos* dalla *res uxoria*, come la specie dal genere, perchè nella *res uxoria* si comprendono, oltre la *dos*, i *parapherna*, e i *recepticia*. Nei *fragmenta vaticana* si trova la rubrica DE RE UXORIA AC DOTIBUS, e si è sollevato il dubbio se qui la espressione non sia piuttosto da ammettere in un significato speciale di patrimonio della donna, che non era *dos*. Cfr. TIGERSTRÖM (op. cit. pag. 3, nota 3), che ricorda pure le erronee opinioni manifestate intorno a ciò. Sui significati delle parole *dos* e *res uxoria* cfr. pure GLÜCK (op. cit. § 1229 e traduz. it. pag. 629 e seg.), GAGLIARDI (DE IURE DOTIUM, pag. 16, num. 16), BRINI (*Matrimonio e divorzio* III, pag. 226-327), COGLIOLO (*Storia del diritto privato romano* II, pag. 187).

aiutava a sopportarne i pesi e così diveniva parte essenziale dell'organismo del rapporto coniugale [15]).

Tutto l'avvenire della donna, la felicità e la durata del suo matrimonio, dipendevano dalla *dos:* solo, questa sperando, poteva ella ad un tempo sperare di farsi sposa [16]).

Sulla storia della *dos* vedi DERNBURG (*Pandekten* III, § 14. 2, nota 1 e gli autori quivi citati).

[15]) TERENZIO (PHORM. II, 3, 62 e seg.):

Itidem ut cognata si sit, in quod lex iubet
Dotis dare, abduce hanc, minas quinque accipe . . .
. . . De. Quid est? num iniquom postulo?
An ne hoc quidem ego adipiscar, QUOD IUS PUBLICUMST

Cfr. l. 2 D. DE IURE DOTIUM. 23, 3. PAULUS *libro sexagesimo ad edictum.*

Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt.

l. 1, D. SOLUTO MATRIM. 24, 3. POMPONIUS *libro quinto decimo ad Sabinum.*

Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad subolem procreandam replendamque liberis civitatem maximo sit necessarium.

l. 18 D. DE REBUS AUCTORITATE IUDICIS POSSIDENDIS, 42, 5. PAULUS *libro sexagesimo ad edictum*

(*Interest enim rei publicae et hanc solidum consequi, ut aetate permittente nubere possit*).

[16]) FEIN (*Das Recht der Collation*, Heidelberg 1842, p. 153, note 38 e 39). Cfr. pure le leggi, quivi citate, 12, § 3, D. DE ADMINISTRATIONE ET PERICULO TUTOR. ET CURAT. 26, 7—l. 61, D. DE IURE DOTIUM—l. 22 D. AD SCTUM TREBELLIANUM 36, 1 — l. 25, COD. AD SCTUM VELLEIANUM 29, 4—l. 11, COD. DE REPUDIIS etc. 5. 17.—Nelle fonti la parola *dos* è adoperata in-

Ond'è assai verosimile la congettura del ROSSBACH che dei tre assi, tratti seco dalle *nubentes*, quello che la donna aveva in mano e che dava al marito, *tamquam emendi causa*, era un simbolico indizio della *dos*, perchè la figliuola non si accomiatava volentieri senza dote, essendo in tal caso il matrimonio simile al concubinato [17]).

---

vece di *nuptiae*. Cfr. § 2, INST. DE HEREDITATIBUS, QUAE AB INTESTATO DEFERUNTUR, 3, 1;

Non solum eos liberos, qui post *dotem* editi sunt, iustos et in potestate esse patribus, sed etiam anteriores... cfr. GLÜCK (op, cit., DE HIS QUI SUI VEL ALIENI IURIS SUNT, lib. I, tit. 6, § 143, traduz. ital., pag. 622, nota 29).

[17]) Veggasi nel BRUNS (*Fontes iuris romani antiqui*, ed. sexta, pars posterior, pag. 67) il passo seguente di *Nonius Marcellus:*

> ‚NUBENTES *veteri lege Romana asse III ad maritum venientes solere pervehere, atque unum, quem in manu tenerent, tamquam emendi causa marito dare: alium, quem in pede haberent, in foco Larum familiarum ponere; tertium, quem in sacciperione condidissent, compito vicinali solere resenare (reservare)—quos ritus Varro de vita p. R. diligentissime percucurrit.* 363.

ROSSBACH (*Untersuchungen über die römische Ehe*, p. 376) rileva che così intende anche *Nonius* le parole « *tamquam emendi* », perchè questi le spiega col verso di Virgilio

teque sibi generum Thetys emat omnibus undis.

La ipotesi del ROSSBACH non è respinta da Hölder (*die römische Ehe*, nota 6, pag. 43 e 44). — Il MARQUARDT (*Das Privatleben der Römer*, vol. I, pag: 56, nota 6) osserva invece che questo rito degli assi non è chiaro. Cfr. pure BRINI (*Matrimonio e divorzio*, vol. I, pag. 61). WÄCHTER (*Ueber Ehescheidungen bei den Römern*, pag. 155). — GLÜCK (p. 24, pag. 429).

8. La separazione di patrimonio, dunque, e la *dos* sono i contrassegni del diritto patrimoniale nel matrimonio romano: entrambe si trovano in una necessaria relazione, ed in un effetto reciproco: l'una si fonda sull'altra, e con essa s'intende e si completa [18]).

II.

La definizione ed i requisiti della *dos*.

9. La *dos* e stata definita « un aumento di patrimo-« nio, che da parte della donna vien portato al marito « come contributo alle spese, che gli vengono dal ma-« trimonio » [19]).

Nella determinazione del concetto della *dos* debbono quindi concorrere i seguenti requisiti;

a) *la dos è un aumento del patrimonio del marito.* Questo aumento può avvenire in qualunque modo, e, secondo la sua forma, l'obbietto della *dos* è diverso. L'au-

---

TIGERSTRÖM (op. cit. vol. I, pag. 12, nota 27), VOIGT (XII *Tafeln*, vol. 2, pag. 693, nota 27), e, tra gli antichi, GRUPEN (*tractatio de uxore romana*, pag. 203), HEINNECIUS (*ad legem Juliam et Papiam Poppaeam Comment.* lib. II, cap. 13, Venetiis 1741, pag. 407), CANNEGIETER (*observat. iuris romani*, pag. 339 e seg.).

[18]) WENDT (*Lehrbuch der Pandekten*, Jena 1888, § 301, pag. 708). SOHM (*Institutionen*, § 82, pag. 361).

[19]) Questa e la definizione del WINDSCHEID (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7.ª ediz., § 492, pag. 168, che lo SCHEURL, (*Kritische Vierteljahrsschrift*, XI, pag. 116, nota) reputa, come vedremo, a torto insufficiente.

mento può assumere la figura di proprietà, di *possessio ad usucapionem*, di *ius in re*, o di una *remissio* di questo; può la *dos* costituirsi fondando, trasferendo, o rinunziando ad un diritto di credito (*obligatio dotis nomine constituta, nomen in dotem datum, liberatio obligationis dotis causa facta* [20]).

---

[20]) Il caso frequentissimo è che siano date in dote cose corporali: queste diventano dotali, quando si trasferiscono in proprietà del marito. l. 7 § 3 D. DE IURE DOT..... fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur. Il precario e il comodato non potrebbero dunque essere obbietto di *dos*, perchè non inducono aumento di patrimonio. Così osserva esattamente lo CZYHLARZ (*das römische Dotalrecht*, pag. 85, nota 7) contro BECHMANN (*das römische Dotalrecht*, *Erlangen* 1863-67, II, pag. 54 e seg.), che esclude il precario e il comodato per l'influsso del principio « *dotis causa perpetua est* » sugli obbietti della *dos*. Ma come ad una *causa temporalis* non contradice che venga trasmesso un diritto *perpetuo* (*eviges Recht*), per es. la proprietà, così non ripugna alla *causa perpetua* che essa si riferisca ad un rapporto giuridico temporaneo. L'*usus fructus* quindi è obbietto di *dos* (cfr., fra le altre, le l. 7, § 2 e 78 D. DE IURE DOTIUM), quantunque sia un diritto temporaneo, che le parti, costituendolo in dote, possono restringere in confini di tempo anche più limitati di quelli ordinariamente stabiliti per esso. Può ammettersi, per es., che l'*usus fructus* sia dato in dote al marito per la durata del matrimonio, o per soli dieci anni; e, quando se ne trasferisse al marito l'esercizio *dotis causa*, lo si estinguerebbe alla morte del titolare del diritto di usufrutto. (CZYHLARZ, *Das röm. Dotalr.*, pag. 85 in f., 86 e nota 8a). Allo SCHEURL (*Kritische* cit. XI, pag. 116) pare invece dubbio, che l'*usus fructus* possa essere costituito in dote per un tempo determinato.

Anche un intero patrimonio, come p. es. una *hereditas*, può essere dato in dote; in tal caso non il patri-

---

L' *usus aedium*, l' *habitatio*, quando non siano un puro *precarium*, possono essere obbietto di *dos*. (Cfr. di nuovo i luoghi citati di CZYHLARZ e di BECHMANN). Il BRINZ (*Lehrbuch der Pandekten*, 2.ª ediz. vol. 3, pag. 724) rileva, che il marito ha la *dos* in forma di diritti, e ciò che avesse soltanto di fatto, quantunque fosse di valore pecuniario, non potrebbe mai essere *dos*. Il BRINZ però non parla dell'abitazione, nè dell'*usus*. Sulla quistione di sapere se possa concedersi come *dos* un'abitazione gratuita, si dichiara contrario SCHEURL (*Kritische* cit. XI, 114); in favore WINDSCHEID (op. cit. vol. 2, § 494, nota 2, e KARLOWA (*Rom. Rechtsgesch.* vol. 2,, pag. 200). Se la *dos* è un aumento di patrimonio, non si può negare che anche una gratuita abitazione possa esserne l'obbietto, poichè qui il marito ha in ogni anno come aumento patrimoniale tanto quanto egli dovrebbe spendere altrimenti per la casa. Il contrapposto fra i diritti e i vantaggi di fatto non decide nulla, poichè anche la concessione di fatto delle utilità di una cosa può essere *dos*, come il KARLOWA ha dimostrato. D' altra parte da ciò che, quando la *dos* è un capitale, il marito ne ha soltanto il godimento, non segue che soltanto un capitale possa essere *dos*. Questi ed altri argomenti cfr. nel WINDSCHEID e nel KARLOWA, luoghi citati.

Di altre servitù, come obbietto di *dos*, non è ricordo nelle fonti (BECHMANN, II, 61 e seg.). BECHMANN ritiene possibile l'*usus*, e le servitù prediali, mentre lo SCHEURL (*Kritische* cit. XI, 117) esclude queste ultime. Una *emphyteusis*, ed una *superficies* potrebbero essere obbietto di *dos*, sia costituendosi, sia trasferendosi, sia rinunziandovisi *dotis causa*. (BECHMANN, *Das Röm. Dotalr.* pag. 63).

Un diritto di pegno, una *fideiussio* non potrebbero costituirsi come *dos*, appunto perchè con essi non si opera au-

monio come *universitas*, ma le singole parti di esso costituiscono l' obbietto della dos: non ha luogo qui nessuna successione universale, e il marito non risponde dei debiti di quel patrimonio [21]).

10. Tutto ciò che ha valore patrimoniale, e non è *extra commercium*, è dunque obbietto della *dos* [22]): non è essen-

---

mento, ma sicurezza di patrimonio già esistente. (CZYHLARZ, l. c. nota 6).

Può invece trasferirsi al marito *dotis causa* la *bonae fidei possessio* con tutte le sue conseguenze giuridiche (HASSE, *Das Güterrecht*, pag. 241). Sulla l. 12 pr. D. DE PUBLICIANA IN REM ACTIONE 6, 2 e sulla l. 6, § 1 D. DE IURE DOT., citate da HASSE, cfr. lo CZYHLARZ (*das röm. Dotalr.*, pag. 87, nota 12). L'HASSE poi nota giustamente che non è proprio necessario, quantunque questo fosse il caso più solito e regolare, che siano trasferite cose, cioè proprietà di cose corporali: basta, a costituire la *dos*, che il patrimonio del marito si aumenti, trasferendoglisi diritti reali e personali di ogni specie, in quanto questi siano trasferibili. Nel momento, in cui ciò avviene, nasce la *dos*: soltanto non la cosa, ma tali diritti diventano dotali. (*Das Güterrecht*, pag. 241 e 242). Si può anche costituire la *dos*, rinunziando ad un diritto, in guisa da renderne possibile l'acquisto ad altri (l. 14, § 3 D. *de fundo dotali* 23, 5), con dichiarazione però, accettata da costui, che si volesse abbandonargliene l'acquisto *dotis nomine*.

Finalmente è pure possibile che alcuno prometta *dotis causa* una somma annua, e si obblighi di pagarla solo per un certo tempo. Così lo CZYHLARZ (*Das röm. Dotalr.*, pag, 86); ma ciò pare molto dubbio allo SCHEURL (*Kritische* cit. XI, pag. 116).

[21]) l. 13 § 10 D. DE HERED. PETIT. 5, 3; l. 72 D. DE IURE DOT.; l. 4 COD. EOD. Se la *dos*, sotto certi rapporti, sia una *universitas iuris*, vedi *appendice II.*

[22]) In PLAUTO (PERSA, 395, ediz. LEO) *Satyrio* dice alla

ziale che la cosa, data in dote, produca frutti. Il valore patrimoniale di essa può essere grande o piccolo [23]): non dee ri-

---

fanciulla;

« *dabuntur dotis tibi inde sescenti logi,*
« *Atque Attici omnes: nullum Siculum acceperis:*
« *Cum hac dote poteris vel mendico nubere.*

La leggenda dice pure che OMERO, per la sua povertà, abbia dato in dote alla figliuola τὰ ἔπη τὰ κύπρια (*Claudii Aeliani Sophistae, varia historia et fragmenta*, vol. 2, lib. IX, cap. 15). Ma non si può affermare che anche queste cose sogliano essere dote. Così il TIGERSTRÖM (*das röm. Dotalr.*, vol. I, pag. 133, nota 14).

Sugli schiavi, come obbietto della *dos*, cfr. l. 58 § 1, l. 10 § 2 e 5 D. DE IURE DOTIUM; l. 69 § 9 *eodem:* l. 7 § 10, l. 67 D. SOLUTO MATRIMONIO; l. 3 Cod. DE IURE DOT. 5, 12.

[23]) Nelle fonti è ricordata la *dos permodica*, che non basta nemmeno pei funerali della moglie: « dos, quia permodica fuit, in funus non sufficit » (l. 20 § 1 D. DE RELIGIOSIS ET SUMPTIBUS FUNERUM 11, 7).

Il VOIGT (*die lex Maenia*, pag. 39, nota 69) porge esempî di ricche doti, raccolti da PLAUTO (AULUL. II, 2, 13-15. TRINUMM. III, 2, 64 e MERC. IV, 3, 4), che riferisce gli sforzi per conquistarle. PLAUTO (CISTELL. II, 3,19) e TERENZIO (ANDR, V, 4, 48) ricordano i dieci, ed anche i venti talenti come *dos*. Le quali somme, continua il VOIGT, non sono punto esagerate, poichè L. *Aemilius Paulus Macedonicus* ricevette dalla sua seconda moglie fra il 570 e 572 una *dos* di 25 talenti (POLIB. XVIII, 18, 6) e P. *Cornelius Scipio Africanus minor*, morto nell'anno 569, aveva legata alle sue due figliuole una *dos* di 50 talenti. Risaltano per contro le doti dei tempi antichi, poichè per la *dos* di 50,000 *aeris*, importante per quel tempo, *Megullia* ebbe il soprannome di *dotata*. (VAL. MAX. IV, 4, 10). Cfr. tutto ciò nel VOIGT, l. cit. Cfr. pure SCHUPFER, (*La famiglia secondo il diritto romano*, pag. 299).

sultare di una qualità di cose, piuttosto che di un'altra.

Le antiche teorie restrinsero l'obbietto della *dos* a sole quelle cose, che potevano soddisfare gli speciali bisogni della vita coniugale. Fu però dimostrato che si ribellavano alle fonti, e vennero tacitamente abbandonate [24]).

Nelle fonti si trovano, tra gli obbietti costituiti in dote, gli *ornamenta mulieris* [25]), la *vestis* [26]), *qua mulier utitur,* ed anche, come si è notato, tutto il patrimonio della donna, in cui spesso esistono cose, che non servono alla vita coniugale. Ma, aumentando queste il patrimonio del marito, costituiscono idonei obbietti di *dos.* Anche le cose non utili possono esser date come *dos,* appunto perchè anche per esse il patrimonio del marito si aumenta, e la spesa matrimoniale, che si fa, assai spesso si estende a procurarsi il superfluo [27]).

---

[24]) BECHMANN (*das Röm. Dotalr,* I. pag. 6 e seg.).

[25]) BECHMANN, l. c. — l. 34 D. DE IURE DOTIUM. ULPIANUS *libro trigesimo tertio ad Sabinum*

Mater cum filiae aurum dedisset utendum, pater puellae id aurum in dotem viro adpendit..... (cfr. LENEL, *Paligenesia,* II, n. 2903, pag. 1174, che dice.... *apparet iungendum esse* fr. (23.3) 34 *cum. Vat. 269*).

[26]) l. 10 D. DE IURE DOTIUM...... si animalia in dotem acceperit vel vestem, qua mulier utitur....

[27]) WÄCHTER (*Pandekten,* II, § 234, pag. 561). — Il corredo, cioè il complesso di quelle cose, che la moglie porta al marito per uso di lei, o comune, o pel primo stabilimento della domestica economia, non trae di per sè il carattere di dote, e resta alla donna, quando in dote non si fosse costituito. Vedi SINTENIS (*Das practische gemeine Civilrecht,* vol. 2, pag. 16, e nota 12). Il GLÜCK (*Ausführliche Erläuterung der Pan-*

b) *la dos suppone la esistenza di un matrimonio valido* [28]). Può esser promessa una *dos* prima del matri-

---

dekten, pag. 24, pag. 34) nota che il corredo di solito consiste in abiti, letti, arredi di casa, e mobili, e differisce dalla *dos* in quanto non è dato *ad sustinenda onera matrimonii,* poichè gli oggetti, che lo costituiscono, non sono atti a tal fine. Ma la qualità delle cose, come si è veduto, non esercita alcun influsso: anche le spese dell'abbigliamento personale obbligano il marito, e però gli obbietti di tale abbigliamento potrebbero fornire un contributo agli *onera.* Sullo stesso argomento cfr. PUCHTA (*Pandekten,* 9ª ediz. pag. 600, e nota d. — *Vorlesungen,* 5ª ediz. vol. 2, pag. 279). ARNDTS, (*Gesammelte Civ. Schrift.* vol. 1, pag. 205, *Ueber die Fruchtniessung an Kleidern*), e ARNDTS — SERAFINI, trattato delle pandette, Bologna 1875, vol. 3, pag. 19, nota 8).

[28]) l. 3. D. DE IURE DOTIUM ULPIANUS *libro sexagesimo tertio ad edictum*

Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt: neque enim dos sine matrimonio esse potest. ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est.— Cfr. pure, tra le altre, le l. 1 § 3 e 4 D. *pro dote,* 41, 9; 41 § 1 D. DE IURE DOT., la quale ultima suona così:

Sed si nuptiae secutae non fuerunt (sc. dote promissa), ex stipulatu agi non potest; magis enim res, quam verba intuenda sunt; l. 67 D. *de iure dotium;* l. 52, 58 D. DE RITU NUPTIARUM 23, 2; l. 1 D. PRO DOTE 41, 9 — l. 7 § 3 D. DE IURE DOT. e l. 9 § 1 D. *eodem.* [Quest'ultima legge, specie in rapporto alla l. 2 § 5 D. DE DONATIONIBUS 39, 5, ha date agl'interpreti le maggiori difficoltà: di quì i molti e varii tentativi per spiegarla, che si trovano, con un saggio d'interpetrazione propria, riassunti dal GRUEBER, *Versuch einer Erklärung der* l. 9 § 1 D. DE IURE DOTIUM, *München* 1874. Vedi pure RUGGIERI (*Il possesso e gl' istituti di diritto prossimi ad esso,*

monio, ma non può chiedersi l'adempimento della promessa prima che il matrimonio segua. Può trasferirsi in proprietà del futuro marito un fondo o altra cosa qualsiasi, ma nè l'uno, nè l'altra potranno essere *dos* prima che segua il matrimonio [29]); e però i frutti raccolti

---

Firenze 1880, I, § 321, pag. 327). Sulla interpolazione dell'ultima parte del § 1 di questa legge «sed benignius ..... indotata» cfr. LENEL (*Palingenesia* II, n. 2757, nota 5, pagina 1135); EISELE, (*Beiträge zur Erkenntniss der Digesten-interpolationen*, *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, vol. 13, pag. 126 e 127); APPLETON, (*Des interpolations*, pag. 183 a 184.)] Cfr. finalmente l. 39 § 1 D. DE IURE DOTIUM, l. 10 D. DE SPONSALIBUS 23, 2; § 12. *Inst.* DE NUPTIIS 1, 10. Quando dunque, osserva il VOIGT (*Ueber die condictiones ob causam*, pag. 685, nota 611), i romani giuristi stabiliscono la *dos*, e la costituzione di essa prima del matrimonio, ciò avviene per brevità, o in un senso volgare (cfr. la nostra nota 14): prima del matrimonio non è possibile la *dos*, ma solo un *dotis causa dare*, come p. es., si esprime ULPIANO nella l. 9 § 2 D. DE IURE DOTIUM. «Dotis autem causa data accipere debemus ea, quae in dotem dantur».

[29]) l. 9 pr. D. DE IURE DOTIUM. Se il matrimonio non segue, il *datum dotis causa* sarà restituito colla solita *condictio causa data causa non secuta*, e non già coi mezzi dati dal diritto dotale; cfr. l. 8, 9 D. DE IURE DOT., l. 6 D. DE CONDICTIONE CAUSA DATA CAUSA NON SECUTA 12, 4—cfr. BECHMANN (*das Röm. Dotalr.* II, pag. 4 e seg.); CZYHLARZ (*Das röm. Dotalr. pag. 78* e seg.). Rispetto al dono, dice il BRINZ, il matrimonio è scopo, rispetto alla qualità dotale è invece *condicio*, *condicio iuris*. Può essere anche *condicio*, ove le parti lo vogliano: anzi quando la *dos* consiste in una semplice *promissio*, o in una *acceptilatio*, queste debbonsi ritenere conchiuse sotto la condizione tacita «*si nuptiae secutae fuerint*» (BRINZ, *Lehrbuch*, pag. 690, nota 7 colle fonti e i giuristi quivi citati).

prima non appartengono al marito, ma si aggiungono alla

Il WINDSCHEID (*Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf 1850, pag. 146 n. 91) dice: quando al marito vien data una cosa in dote prima del matrimonio, può il datore aver voluto che egli ne diventasse subito proprietario, ma può anche aver voluto che tale divenisse soltanto colla conclusione del matrimonio. In quel caso l'ha egli data sotto un presupposto, in questo sotto una condizione. È più verosimile che egli non abbia voluta una condizione. « Sed nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est hoc agi, ut statim res sponsi fiant et, nisi nuptiae secutae fuerint, reddantur (l. 8. D. DE IURE DOT. » (Su questa legge però e sui sospetti d'interpolazione vedi EISELE, l. c. pag. 152). Cfr. pure WINDSCHEID (*Lehrbuch*, § 427, nota 12, e § 493, nota 6 e 7).

Senza entrare nella teoria del presupposto, di cui fu creatore il WINDSCHEID, e sulla quale cfr.,per tutti, DERNBURG (*Pandekten*, 4 ediz. vol. 1 § 115, pag. 274), noi crediamo più opportuno di trarre, come fa il VOIGT (*Ueber die condictiones ob causam* pag. 521 e 522), i principii per questo rapporto dal diritto romano: quando, dice il VOIGT, è data una cosa allo sposo prima del matrimonio in dote, vi ha una condizionata *traditio*, e può esservi posta tanto una condizione risolutiva, nel qual caso il *datum* passa subito in proprietà dello sposo, quanto una condizione sospensiva, per cui il *datum* stesso diventa proprietà dello sposo solo colla conclusione del matrimonio: in ambo le ipotesi le conseguenze di tale decisione sono da svolgersi dalla teoria delle condizioni (VOIGT, l. c. pag. 522).

Il matrimonio è dunque il presupposto obbiettivo della *dos*. Anche il pegno dotale, secondo la maggioranza dei giuristi, prende data dal matrimonio. Cfr. DERNBURG, (*Das Pfandrecht*, vol. 1°, pag. 391 e 392), che riferisce la opinione comune, sebbene vi si dichiari contrario, sostenendo che il momento della legale ipoteca è quello della costituzione dotale. Ma il pegno dotale è una conseguenza della *dos*, e questa sorge solo

sostanza della cosa costituita in dote. E neppure la *usu-*

---

colla conclusione del matrimonio. Cfr. pure CZYHLARZ (*Das röm. Dotalr.* pag. 424 e 425).

Se poi alla esistenza della *dos* fosse necessario il *matrimonium legitimum*, o bastasse anche un *matrimonium iuris gentium*, è controverso. HASSE limita la *dos* al solo *matrimonium legitimum*. (*Das Güterrecht* § 71, pag. 245 e seg.) SCHILLING (*Bemerkungen uber Römische Reehtsgeschichte*, pag. 178, nota 470) ZIMMERN (*Geschichte des röm. Privatrechts* § 139, nota 6), seguono la stessa opinione. UNTERHOLZNER (*Schuldverhältnisse*, II. 406 e 407), VOIGT (*Die lex Maenia*, pag. 25 e seg.) ed ARNDTS (*Civilistiche Schrift*, I, 447, e seg.) opinano che possa esistere anche nel *matrimonium iuris gentium*. BECHMANN (*Das Röm. Dotalr.* I, pag. 83, 110, e II, pag. 5 e 6) ritiene che il classico *ius dotium* si è svolto sul fondamento d'*idea specificamente romana latina*, ed era nella sua applicazione limitato ai matrimonii tra persone, che erano capaci del *commercium iuris civilis*. Onde, secondo il BECHMANN, poteva la *dos* esistere nel matrimonio di coloro, che non avessero il *ius connubii*; era possibile nel matrimonio di un romano con una latina, e viceversa, non nel matrimonio di un romano con una peregrina, o viceversa, o in quello tra due peregrini. Ma, nota qui lo CZYHLARZ, (*das röm. Dotalr*, pag. 81), se la *dos* è realmente un istituto civile, non si può non rimaner fermi al requisito del *civile connubium* tra entrambi gli sposi, e però la opinione del BECHMANN non vuolsi accogliere, tanto più che egli stesso ammette fondarsi la pretesa dotale della donna essenzialmente sui personali rapporti di essa e non poter essere avvisata come un vero diritto patrimoniale. È verosimile che la *dos* sia, almeno in seguito, intervenuta anche nel *matrimonium iuris gentium*, perchè anche in questo gli *onera* colpivano il patrimonio del marito, e il bisogno della *dos* era del pari sentito. Nè a questa opi-

capio pro dote è ammessa senza un valido matrimonio [30]).

---

nione mancano positivi punti di appoggio (CICERONE, *Topica* c. 4, 20; l. 5 § 1 D. DE BONIS DAMNATORUM 48, 20, e l. 1 COD. DE REPUD. 5, 17, che saranno da noi altrove esaminate).

Tutto ciò ed altro vedi nello CZYHLARZ (*Das röm Dotalr.* § 23); cfr. pure SCHEURL (*Kritische* cit., vol. 6, pag. 20, nota, e XI, pag. 108); VOIGT, (*Ius naturale,* II, pag. 653 — KARLOWA (*Röm. Rechtsgesch.*, vol. 2° pag. 183 a 185), e VOIGT (*Römische Rechtsgeschichte,* § 68, pag. 778 e 779).

Se il matrimonio non è valido nè secondo il *ius civile,* nè secondo il *ius gentium,* la *dos* è impossibile, anche quando le parti avessero creduto alla esistenza di un matrimonio valido. Onde la *dos* non può rappresentarsi nel matrimonio putativo — l. 59 § 2 D. DE IURE DOTIUM; l. 1 § 4 D. PRO DOTE.—BECHMANN (*Das Röm. Dotalr.* II, § 51) CZYHLARZ (*Das röm. Dotalr.* II, § 22, pag. 77). Sulle così dette *nozze servili* cfr. l. 39 pr., 59 § 2 DE IURE DOT., e gli ultimi autori citati. Vedi pure COSTA (*Le nozze servili nel diritto romano,* Archivio giuridico, vol. 42, pag. 216 e seg.). Sulla l. 67 D. DE IURE DOTIUM, che riguarda il caso dell'ancilla, quae nupsit, dotisque nomine pecuniam viro tradidit..... cfr. BECHMANN. l. c. II, 7, nota 2.—CZYHLARZ pag, 20, nota 2, e pag. 79, nota 10, PERNICE, *Labeo,* II², 398 a 401.

[30]) l. 1 § 2, 3, 4 D. PRO DOTE 41, 9. ULPIANUS *libro trigesimo primo ad Sabinum* ....

§ 2. Et primum de tempore videamus, quando pro dote quis usucapere possit, utrum post tempora nuptiarum an vero et ante nuptias. est quaestio volgata, an sponsus possit (hoc est, qui nondum maritus est) rem pro dote usucapere, et Julianus inquit, si sponsa sponso ea mente tradiderit res, ut non ante eius fieri vellet, quam nuptiae secutae sint, usu quoque capio cessabit: si tamen non evidenter id actum fuerit, credendum esse id agi Julianus ait, ut statim res eius fiant et, si alienae sint, usucapi possint: quae sententia mihi probabilis videtur. ante nuptias autem non pro dote usucapit, sed pro suo.

c) *la dos è un aumento di patrimonio, che vien dato dalla donna, o da altri per lei.* Questa relazione alla donna è essenziale ed è nelle fonti accentuata colle espressioni « *dotare filiam, dotare mulierem, dotata uxor, pro filia dotem promittit, pro filia dotem dat, filiae nomine dotem promittit, uxoris nomine dotem facere volebat, mulieris nomine quis fundum in dotem dederit.* Che il padre o l'estraneo costituisca la *dos*, è indifferente: è essenziale soltanto che la si costituisca in nome della donna, perchè la *dos* è un aumento di patrimonio, che viene da parte della donna al marito. Può altri fare a costui una donazione per metterlo in grado di sostenere i pesi del matrimonio, ma questa donazione non è la *dos*, perchè non viene al marito da parte della donna: non è il contributo di lei al sostegno dei pesi matrimoniali. Il costume, dice lo CZYHLARZ, non richiede che al marito si dia qualcosa per causa del matrimonio in generale, ma che gli venga da colei, che egli sposa, e per ragione di questo matrimonio [31]). Il sistema romano della sepa-

---

§ 3. Constante autem matrimonio pro dote usucapio inter eos locum habet, inter quos est matrimonium: ceterum si cesset matrimonium, Cassius ait cessare usucapionem, quia et dos nulla sit.

§ 4. Idem scribit et si putavit maritus esse sibi matrimonium, cum non esset, usucapere eum non posse, quia nulla dos sit: quae sententia habet rationem. Cfr. VAT. *fragm.* 111. PERNICE, *Labeo*, II², pag. 395 e 399. Cfr. pure LENEL (*Palingenesia*, II, n. 2758, pag. 1136), che nelle parole (hoc est qui nondum maritus est) nota un glossema.

[31]) CZYHLARZ (*Das röm. Dotalr.* pag. 14 e 15). Cfr. l. 5

razione patrimoniale dei coniugi ha per presupposto che al marito si porti la *dos* da parte della donna [32]).

d) La *dos è data per ragione dei pesi matrimoniali.* « Gli onera formano soltanto un momento nel matrimo- « nio, cioè la necessaria immediata conseguenza giuridica « patrimoniale di esso pel marito ». Questa conseguenza del matrimonio dev'essere accentuata nella determinazione del concetto della *dos*, e non basta che questa sia posta semplicemente come un *datum matrimonii causa.* Poichè solo per ragion della conseguenza, che come peso del matrimonio viene rappresentata, è una *dos* necessaria. Non il matrimonio come tale richiede un tal dono, ma solo la concezione di esso, che addita pesi al marito [33]).

11. Questa relazione intima tra la *dos* e gli *onera matrimonii* è messa in evidenza in molti luoghi delle fonti.

---

§ 11, l. 9 pr., l. 29, 44, 48 § 1; 58 pr., 59 § 2, 78 § 1; 79, 81, 85 D. DE IURE DOTIUM; l. 7, l. 19 D. *de pactis dotalibus* 23, 4; l. 14 § 1 D. DE FUNDO DOTALI, 23, 5, (che, come rileva il BECHMANN (*Das röm. Dotalr.* II, 33), è in questo rapporto particolarmente caratteristica, ed è così espressa: si mulieris nomine quis fundum in dotem dederit, dotalis fundus erit, propter uxorem enim videtur is fundus ad maritum pervenisse); l. 22 pr., l. 29 § 1, l. 31 § 1 D. SOLUTO MATRIMONIO 24, 3; l. 7, 19, 22, 26 Cod. DE IURE DOT. 5, 12; l. 9 Cod. DE PACTIS CONVENTIS TAM SUPER DOTE etc. 5, 14.—Cfr. WINDSCHEID (*Lehrbuch.* vol. 2 § 493, nota 2; SCHEURL (*Kritische* cit. XI, pag. 109 e seg.).

[32]) WENDT (*Lehrbuch der Pandekten*, § 301, pag. 709, nota).

[33]) CZYHLARZ (*Das röm. Dotalr.* pag. 15 e seg.).

I più importanti, tra essi, sono i seguenti;

l. 56 § 1 D. DE IURE DOTIUM. *Paulus libro sexto ad Plautium.*
.... Ibi *dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt.*

l. 76 D. eod. tit. TRYFONINUS *libro nono disputationum.*
Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio: nam et si in tempus, quo ipse moreretur, promisisset, obligaretur. sed si convaluerit, cur ei non remittatur obligatio per condictionem, atque si stipulanti quivis alius promisisset aut dotem alicuius nomine? nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa condictio est. non idem dicendum est in persona mulieris, si mulier mortis suae causa dotem promiserit, quia, *nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.*

l. 16 D. DE CASTRENSI PECULIO 49, 17. PAPINIANUS *libro nono decimo responsorum.*
Dotem filio familias datam vel promissam in peculio castrensi non esse respondi. nec ea res contraria videbitur ei, quod divi Hadriani temporibus filium familias militem uxori heredem extitisse placuit et hereditatem in castrense peculium habuisse. nam hereditas adventicio iure quaeritur, *dos autem matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus, qui sunt in avi familia, confertur.*

l. 8 § 13 D. QUIBUS MODIS PIGNUS VEL HYPOTHECA SOLVITUR 20, 6. MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam.*
Sed si permiserit creditor *vendere*, debitor vero donaverit, an exceptione illum summoveat? an facti sit magis quaestio, numquid ideo veniri voluit, ut pretio

accepto ipsi quoque res expediat? quo casu non nocebit consensus. quodsi *in dotem* dederit, vendidisse in hoc casu recte videtur *propter onera matrimonii.*

l. 11 D. DE PACTIS DOTALIBUS 23, 4. ULPIANUS *libro trigesimo quarto ad edictum*

Cum pater dotem pollicitus fuerit et paciscatur, ne se vivo petatur neve constante matrimonio dos petatur, ita pactum interpretandum divus Severus constituit, quasi adiectum esset se vivo: hoc enim ita accipiendum esse contemplatione paternae pietatis et contrahentium voluntatis, ut posterior quoque pars conventionis ad vitam patris relata videatur, ne diversa sententia *fructum dotis ab oneribus matrimonii separet* quodque indignissimum est, inducat ut non habuisse dotem existimetur. quo rescripto hoc effectum est, ut, si quidem vivo patre decesserit filia aut sine culpa sua divorterit, omnimodo dos peti non possit, constante autem matrimonio mortuo patre peti possit.

l. 46 D. FAMILIAE ERCISCUNDAE 10, 2. PAULUS *libro septimo ad Sabinum*

Si maritus sub condicione a patre heres institutus sit, interim uxoris de dote actionem pendere. plane si post mortem soceri divortium factum sit, quamvis pendente condicione institutionis dicendum est praeceptioni dotis locum esse, quia mortuo patre quaedam filios sequuntur etiam antequam fiant heredes, ut matrimonium, ut liberi, ut tutela. igitur et *dotem praecipere* debet qui *onus matrimonii post mortem patris sustinuit*: et ita Scaevolae quoque nostro visum est.

l. 65 § 16 D. PRO SOCIO 17, 2. PAULUS *libro trigensimo secundo ad edictum*

Si unus ex sociis maritus sit et distrahatur societas manente matrimonio, *dotem maritus praecipere debet,*

quia apud eum esse debet qui onera sustinet: quod si iam dissoluto matrimonio societas distrahatur, eadem die recipienda est dos, qua et solvi debet.

l. 20 COD. DE IURE DOTIUM 5, 12. Impp. *Diocletianus et Maximianus AA et CC. Tiberio.*
Pro oneribus matrimonii mariti lucro fructus dotis totius esse, quos ipse cepit, vel, si uxori capere donationis causa permisit, eum in quantum locupletior facta est posse agere manifestissimi iuris est.

e) La *dos* non è una conseguenza necessaria del matrimonio, poichè questo può esistere senza di quella [34]) : la *dos* non entra *ipso iure*, ma dev' essere costituita. In ciò essa è essenzialmente diversa dall' *adquisitio per universitatem*, che avveniva nel matrimonio *cum conventione in manum*. Qui pure il patrimonio della donna passa in quello del marito , ma tale trasferimento segue *ipso iure*, e non per un negozio giuridico rivolto a tale scopo, come nella *dos*. Ogni negozio giuridico, con cui si compie un aumento di patrimonio , può essere adoperato a costituire una *dos*: e questo *negotium iuris*, quando si concluda *dotis constituendae causa* , non ha bisogno di alcuna forma particolare, ma dei soli requisiti alla validità sua propria : p. es., usandosi della *mancipatio*, dell'*acceptilatio*, debbono concorrere i requisiti necessarî a questi atti giuridici. Nè per l'atto di costituzione è richiesta alcuna scrittura, poichè gl'*instrumenta dotalia*, gl'*instru-*

---

[34]) l. 28 D. DE RELIGIOSIS ET SUMPTIBUS FUNERUM 11, 7— l. 11 *Cod.* DE REPUDIIS, 5; 17.—GAGLIARDI, DE IURE DOTIUM , pag. 9.

menta nuptialia, le *tabulae dotales*, le *cautiones dotales*, di cui trovasi spesso ricordo nelle fonti [35]), solevansi com-

---

[35]) Cfr., tra le altre, le l. 65 D. DE IUDICIIS, 5, 1; l. 29 pr. D. DE PACTIS DOTALIBUS 23 4; l. 66 D. DE DONAT. INTER VIRUM ET UXOR. 24, 1; l. 45 D. SOLUTO MATRIM. 24, 3; l. 17 § 1 D. DE DOTE PRAELEGATA 33, 4; l. 89 § 5 D. DE LEGATIS II; l. 1, Cod. DE DOTIS PROMISSIONE 5, 11; l. 1 Cod. DE DOTE CAUTA NON NUMERATA 5, 15. BRISSONIO (DE FORMULIS VI, 124). A queste *tabulae dotales*, nota qui lo CZYHLARZ (*Das röm. Dotalr.* pag. 94 e nota 12), si riferisce anche la *signatio*, che, secondo le relazioni dei classici, veniva fatta in presenza degli *auspices* prima o dopo la conclusione del matrimonio, ed a cui accenna la espressione *tabulae consignatae*, usata per gli *instrumenta dotalia* (SVETON. *Claud* 26; JUVENAL. *Satyr.* X, 336; TACIT. *Annal.* XI, 27, XV, 37). Il riferire la *signatio*, come si suol fare, alla suggellazione e al deposito della *dos*, non ha significato giuridico: è verosimile invece che per suggellatura si sia intesa la *consignatio tabularum*, poichè nella l. 66 pr. DE DONATIONIBUS INTER VIRUM ET UXOREM e nella l. 17 § 1 D. DE DOTE PRAELEG., già citate, si fa menzione di *consignatae tabulae*, *d' instrumenta consignata*. Il che sembra tanto più fondato, in quanto nella l. 66 D. DE DONAT. INTER VIR. ET UXOR. la *consignatio* è messa insieme colla *deductio in domum*, e quindi addita una parte dei riti nuziali. Del resto, sotto la parola *consignatio* non si può intendere una suggellatura propria, ma quella comune da parte del marito, della moglie, e forse dei testimoni, che nella *mancipatio dotis causa* seguiva. Così lo CZYHLARZ l. c. Cfr. pure HASSE (*Das Güterrecht der Ehegatten*, pag. 313 a 314); REIN (*Das Privatrecht und Civilprocess*, pag. 426, nota 1); VOIGT (*Die XII Tafeln*, vol. 2, pag. 619, nota 9, e *Die römischen Privataltertümer*, pag. 450, nota 11); GNEIST (*Die formellen Verträge des neuren römischen Obligationenrechts*, *Berlin* 1845, pag. 42, nota 6).

pilare, ma solo come documento, specie dei *pacta dotalia*.

È soltanto essenziale che il negozio giuridico s'im-

Nel *Syrisch-Römisches* RECHTSBUCH (L. § 93.=P. 41b. Ar. 52. Arm. 52) si nota il contrapposto tra i popoli presso cui il matrimonio si conchiude solo colla *dos* e *donatio* e cogli scritti su di esse, e quelli presso i quali il matrimonio si compie solo con παρρησία e con la solenne *deductio in domum*; e il BRUNS (pag. 267 e 268) spiega che tale contrapposto nel RECHTSBUCH s'intese riferire all'impero occidentale: che in Italia i documenti scritti sulla conclusione del matrimonio e sulla costituzione della *dos* erano troppo frequenti, come si raccoglie dal BRISSONIO (DE FORMULIS 6, 124), ma formalità necessaria non furono mai: *neque enim tabulas facere matrimonium* (l. 31 D. 39, 5). Altro vedi nel BRUNS (l. c. pag. 267 e 268) e nel MITTEIS (*Reichsrecht und Volksrecht in den Östlichen Provinzen des Römischen Kaiserreichs*, pag. 228 e 290). Il MITTEIS (pag. 278, n. 22, e pag. 422 e seg.) riporta i seguenti papiri, in cui si contengono contratti matrimoniali:

1. Pap. E. R. No. 1514 dell'anno 136 dopo Cr. è un contratto nuziale, con cui lo sposo si obbliga di restituire la dote dopo lo scioglimento del matrimonio, come in conseguenza di una condanna καθάπερ ἐκ δίκης). Le parole decisive suonano così:

Z. 27 e seg... ἐὰν δὲ διαφορᾶς τοῖς γαμοῦσι γενομένης χορίζωνται ἀπ' ἀλλήλων (ἀποδότω Σουχάμμων (lo sposo...)) ... τὴν προκιμένην (φερνὴν...) ... (ἐν ἡμέ) ραις τριάκοντα τῆς πράξεως τῇ ἀνακομιζομένῃ γεινο (μένης) καθάπερ (ἐκ δίκης).

2. Pap. E. R. No. 1518 del tempo di Antonino Pio, cioè circa 150 dopo Cristo, è parimenti un contratto nuziale, in cui è stipulata, come sopra, la restituzione della *dos*:

Z. 22 e seg... (ἀποδό) τω (cioè Σύρος, lo sposo) μὲν παραχρῆμα τῆς Σύρας τῆς καὶ Ἰσαρίου (la sposa) τὰ προσενεχθέντα αὐ (τῆι) ... ἐὰν μὲν αὐτὸς αὐτὴν πέμπηται παραχρῆμα, ἐὰν δὲ

prenda colla intenzione rivolta alla *constitutio dotis*, coll'*animus dotis constituendae* [36], il quale non dev'essere dichiarato espressamente, ma si può raccogliere sia dalle

---

αὐτὴ ἐκοῦσα ἀπα (λλάττηται ἐν ἡμέραις τριάκοντα τῆς πράξεως τῆι ἀνακομιζομένηι γιγνομένης κ) αθάπερ ἐκ δίκης....

3. Pap. E. R. No. 1519 è un contratto nuziale dell'anno 190 dopo Cristo in uno stile simile a quello dei precedenti. Il marito si obbliga alla restituzione della *dos*.

Z. 22: . . . *γεινομένης τῇ Θαισαρίῳ τῆς πρά (ξεως τῆς τε) φερνῆς καὶ παραφερνῶν ἔκ τε τοῦ ἰσιδώρου καὶ (ἐκ) τῶν ὑπαρχόντων αὐτῷ πάντων καθάπερ ἐκ δίκης...*

Prescrittasi nel diritto romano imperiale, pei matrimonii fra certe persone, la necessità dell'*instrumentum dotale* (Novelia 74 c. 4, e 117 c. 4), questo valse anche per la costituzione della *dos*. Cfr. BECHMANN (*Das röm. Dotalr.* pag. 132).

[36]) La *dos* non è un contributo agli *onera* prestato in qualunque forma, dice assai bene lo SCHEURL (*Kritische* cit. XI, 116 e nota), ma la conseguenza, che egli trae da questo principio per combattere la definizione della *dos*, data dal VINDSCHEID (cfr. la nostra pag. 16 nota 19), non ci pare esatta. Lo SCHEURL ritiene insufficiente quella definizione perchè, definendosi la *dos* « tutto ciò che da parte della donna vien portato al marito come contributo alla spesa che gli viene dal matrimonio » apparterrebbe alla *dos anche ciò che a quello scopo vien prestato al marito*. Ma nella definizione del WINDSCHEID, che ritrae il tradizionale concetto della *dos*, si contengono tutti gli elementi, che valgono ad integrarlo, e non dovevasi nella definizione accennare per minuto a quanto appartiene alla costituzione della *dos*, come all'*animus dotis costituendae* ed all'atto particolare con cui la si dee costituire. Così fa il REIN (*Das Privatr.* pag. 423), ma, a nostro avviso, senza molto rigore scientifico.

parole, sia da fatti concludenti, che lo dimostrino [37]). È

[37]) Mentre nelle fonti non è mai rilevata la necessità di una espressa dichiarazione di volontà, si trovano per converso prove positive, che la escludono. E queste sono;

l. 23 D. DE IURE DOTIUM. ULPIANUS *libro trigesimo quinto ad Sabinum*

Quia autem in stipulatione non est necessaria dotis adiectio, etiam in datione tantundem ducimus. (Sulla trasposizione in questo frammento, già proposta da CUIACIO *ad Jul. lib. XVI D. l. 7 D. De J. D. medit.*, della parola *dotis* accanto a *stipulatione*, supplendo presso la parola *adiectio* il genitivo *conditionis*, cfr. HASSE, *Das Güterrecht*, pag. 317 a 319; GLÜCK, *Ausfürliche Erläuterung der Pandecten*, p. 25, pag. 163, nota 91; BECHMANN, op. cit. II, 134; CZYHLARZ, op. cit. pag. 95, nota 14).

l. 97 § 2 D. DE VERBOR. OBLIGAT. 45, 1. CELSUS *libro vincesimo sexto digestorum*

> Si tibi nupsero, decem dari spondes? causa cognita denegandam actionem puto, nec raro probabilis causa eiusmodi stipulationis est. item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est.

È evidente, dice il BECHMANN (l. c. II, 133), che il giurista studiava il caso, in cui la *causa dotis* non era espressa nella promessa, poichè altrimenti la osservazione che questa potesse produrre l'azione sarebbe qualcosa di molto triviale. Il che nota pure lo CZYHLARZ (l. c. pag. 95), dicendo che l'ultima proposizione di questo frammento solo allora ha un significato razionale, quando si ammette che il rilievo della *causa* nella *dotis promissio* non era necessario, poichè altrimenti il giurista non avrebbe potuto, in ordine alla stipulazione del marito conchiusa senza l'accentuazione della *causa*, rimandare a ciò che quella potesse contenere la costituzione di una *dos*: avrebbe dovuto invece per questa stipulazione va-

quando lo non si possa così accertare, la *dos* è esclusa,

---

lere lo stesso principio, che si era espresso in ordine alla stipulazione della donna, e non vi sarebbe stato alcun motivo di ricordare anche solo particolarmente la stipulazione del marito.

Si confronti finalmente la l. 9, § 2 D. DE IURE DOT. ULPIANUS *libro trigesimo primo ad Sabinum*

> Dotis autem causa accipere debemus ea, quae in dotem dantur.

È dato *dotis causa* ciò che è dato *in dotem* con questa intenzione. Se l'*in dotem dare* si fosse dovuto esprimere in qualche formola determinata, la quistione, se qualcosa *dotis causa* fosse data ovvero no, non avrebbe potuto sorgere. D'altra parte il rilievo della causa non sarebbe stato possibile in tutti i negozii giuridici, che potevano essere adoperati nella costituzione della *dos*, come nella *mancipatio;* nell'*acceptilatio* la formola: «*quod ego tibi debeo habesne acceptum dotis causa?* —*habeo*»—avrebbe indicato che dal costituente la *dos* si fosse ricevuta qualcosa.

Contro questi argomenti non vale invocare la l. 3 COD. TH. DE INCEST. NUPTIIS 3, 12.... *dos si forte* SOLEMNITER *aut data aut dicta aut promissa fuerit,* e la l. 6 Cod. DE INCEST. ET INUTIL. NUPTIIS. 5, 5. *Dos si qua forte* SOLEMNITER *aut data aut promissa fuerit....* Qui la espressione *solemniter* venne scelta perchè la costituzione della *dos,* in conseguenza dei negozii giuridici a ciò adoperati, della *mancipatio, in iure cessio, dictio, promissio,* era legata a certe formalità, senza che perciò si dovesse pensare anche a particolari formalità dotalistiche di questi negozii, e specie ad un rilievo della *causa.* Così di nuovo lo CZYHLARZ (*Das röm. Dotalr.*, pag. 95 a 96). Cfr. pure BECHMANN (l. c. pag. 135).

La *dos* è costituita, quando venga procurato un aumento di patrimonio al marito, e questi l'abbia accettato come con-

poichè in diritto romano non esiste la così detta *dos tacita*, o *praesumta* [38]).

f) La *dos è data al marito.* Se i pesi del matrimonio romano erano *onera* del patrimonio del marito, o di quello del *paterfamilias*, alla cui *potestas* il marito trovavasi sottoposto, la *dos* doveva pervenire solo a colui, che tali pesi sopportava [39]).

---

tributo agli *onera*, poichè il marito, dice il WINDSCHEID, ha come *dos* solo ciò che come *dos* vuole avere. Cfr. l. 46. pr. *D.* DE IURE DOT. SCHEURL (*Kritische* XI, 113, CZYHLARZ (*das röm. Dotalr.* pag. 178 e seg.), citati dallo stesso WINDSCHEID (*Lehrbuch* II, § 494, nota 1).

Che sia richiesta anche il consenso della donna nella costituzione della *dos*, quando questa non da lei, ma dal padre, o dall'estraneo vien costituita, non si può trarre dalle fonti. Ma il § 269 dei *fragm. vatic.* presenta qualche difficoltà. Su di esso, e sulle mutazioni, che l' HUSCHKE volle introdurvi, vedi BECHMANN (*das röm. Dotalr*, pag. 39, nota 1), CZYHLARZ (op. cit. § 53, pag. 180 e seg.). Cfr. pure LENEL (*Palingenesia,* II, pag. 1174, num. 2903).

[38]) Sulla così detta *dos tacita* vedi appendice II.

[39]) La *dos*, costituita pel matrimonio del *filius familias*, entrava nel patrimonio del *pater*, sia che venisse costituita a costui, sia direttamente al *filius*. MANDRY (*Das gem. Familiengüterrecht* I, pag. 288 e 289). Così vien configurato il rapporto del matrimonio del *filius* nel diritto anticó. (CZYHLARZ, *Das röm. Dotalr.*, pag. 17 e 18). Non ha quindi nessun fondamento nelle fonti l'assunto del BECHMANN (*Das röm.Dotalr.* II, pag. 45 e seg.), che, secondo il sistema del diritto classico, il *pater* acquistava *ipso iure* solo gli obbietti dotali e non la *dos*, e che, quando la si riceveva dal *filius familias* come marito e non già solo come *filius familias*, gli effetti della *causa dotis* a costui ap-

Nel patrimonio del marito o del *paterfamilias* la *dos* nel diritto antico confondevasi del tutto. Noi siamo abituati, osserva qui il DERNBURG, a considerare nella *dos* un patrimonio, di cui il godimento spetta al marito, du-

---

partenevano. Contro tale opinione cfr. MANDRY (op. cit. vol. 1, p. 290 nota 2) e BRINZ (*Lehrbuch der Pandekten*, vol. 3, pagina 692 e 693).

Svoltasi a poco a poco la capacità patrimoniale del *filius* coi peculii, i pesi del matrimonio di lui continuarono a sostenersi dal *pater*. La *dos* non entrava nel peculio castrense del *filius* (cfr. l. 16 D. DE CASTRENSI PECULIO trascritta nella pag. 27). Nel diritto giustinianeo essa, in quanto non derivava *ex re vel substantia patris*, doveva appartenere ai *bona adventicia* del *filius*, su cui il *pater*, che sopportava gli *onera*, aveva l'*ususfructus* e la *gubernatio*. Ma quest'ultimo punto è controverso—DERNBURG, (*Pandekten*, vol. 3, § 16, n. 1). Il BECHMANN (*Das Röm Dotalr*. p. 49), sul fondamento della l. 6 Cod. *de bonis quae liberis* 6, 61, sostiene che la *dos*, senz'alcun riguardo alla persona del costituente, appartiene ai *bona adventicia* del figliuolo. Il BRINZ (op. cit. vol. 3, p. 694 e 695) lo nega. CZYHLARZ (Das. röm. pag. 19) osserva che, se pel matrimonio del *filius familias* viene costituita la *dos*, questa appartiene al *pater* solo quando la si fosse data a lui stesso: quando invece è data al figlio, appartiene all'*adventicium* di costui, poichè non deriva *ex substantia patris*, ed il padre vi ha soltanto la *gubernatio* e l'*usus fructus*. La connessione tra la *dos* e gli *onera*, soggiunge lo CZYHLARZ, esiste anche qui, in quanto il *pater* in virtù della *potestas* anche relativamente alla *dos* ha l'*ususfructus* e la *gubernatio;* onde ritiene inammissibile e contradicente all'essenza della *dos* che questa appartenga al *peculium adventicium irregulare*, perchè quella connessione sarebbe allora sciolta. (CZYHLARZ, pag. 20 e nota 20). Cfr. pure d'ANCONA (*Il concetto della dote nel diritto romano*, pag. 47 e seg.).

rante il matrimonio, e che, dopo lo scioglimento di questo, ricade alla moglie o ai suoi eredi. Ma la *dos* assunse in Roma questa figura soltanto per il lungo lavorio di secoli. Nella sua forma originaria costituiva essa un dono, che perveniva al marito per causa del matrimonio, e *definitivamente, per sempre*. Il che rispondeva al generale carattere dell'antico governo della famiglia, che sollevava eminentemente il diritto e la posizione del marito e del capo della famiglia di fronte a tutti gli altri componenti di essa [40]).

12. Non apparteneva dunque al concetto della *dos* l'obbligo di restituirla allo scioglimento del matrimonio. *Dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit* [41]). La *dos* passava

[40]) DERNBURG (*Geschichte und Theorie der Compensation, zweite Auflage* pag. 97).

[41]) l. 1 D. DE IURE DOTIUM, che sarà più tardi largamente esaminata. La romana *dos* era destinata a passare definitivamente ed irrevocabilmente nel patrimonio del marito: il diritto di restituzione della donna, e del padre di lei non sorgeva per intima necessità giuridica dalla essenza della *dos*, ma si fondava su ragioni esterne e puramente positive. Tale diritto di restituzione si potrebbe considerare come non esistente senza che il concetto della *dos* venisse alterato. Questa infatti si ebbe per secoli, e nè per contratto, nè per legge era mai sorto un diritto di restituzione. Così il BECHMANN (op. cit. pag. 52). Cfr. pure GLÜCK (*Ausfüriiche Erläut*. p. 24, pag. 437 e seg.) DERNBURG (*Geschichte und Theorie der Compensation,* pag. 97) KUNTZE (*Cursus des Römischen Rechts* § 779, pag. 437 e seg.) VÄCHTER (*Ueber Ehescheidungen bei den Römern,* pag. 77, 78 e 115), e *Pandekten,* II, § 234, nota 3). HEIMBACH nel *Rechtslexicon* di WEISKE v. *Brautgabe,* p. 399); KAR-

nel patrimonio del marito, o dell' avente la *patria potestas* [42]), come contributo agli *onera matrimonii*, ma non poteva dirsi un capitale ad essi destinato, perchè gli *onera* cadono sul patrimonio del marito; e non sulla *dos*. Questa non forma alcun patrimonio particolare, e serve agli *onera* solo indirettamente, in quanto fa parte del patrimonio del marito e lo rafforza [43]).

LOWA (*Röm. Rechesgesch,* II, 1 Abt., pag. 197). CZYHLARZ, (op. cit. pag. 32); SCHUPFEF (op. cit. pag. 335 a 337). Il noto passo di GELLIO è stato opportunamente invocato per sostenere questa opinione « *Memoriae traditum est, quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Romana aut in Latio fuisse, quia profecto nihil desiderabantur, nullis etiamtunc matrimoniis divertentibus.* SERVIUS *quoque* SULPICIUS *in libro, quem composuit* DE DOTIBUS *tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius......... divortium cum uxore fecit* (N. A. IV, 3, ediz. Hertz).

Ma la opinione dominante, pur ponendo rettamente gli *onera matrimonii* come causa giuridica della *dos*, considera questa come un *datum* solo per la durata degli *onera*, e quindi del matrimonio. Sicchè il diritto di restituzione apparterrebbe al concetto ed alla definizione della *dos*. Contro l'opinione dominante vedi lo CZYHLARZ (*das röm. Dotalr*, pag. 20 e seg.); WINDSCHEID (*Lehrbuch* § 492. nota 1); d'ANCONA cit. (pag. 25, nota 2); e dall'altra parte cfr. (ARNDTS-SERAFINI III, § 395, nota 2).

42) Gai. II, 63. Ulp. IV, 5 — l. 21 § 4 D. AD MUNICIP. Vedi pure nota 39. BRINZ (*Lehrbuch*, III, p. 692, nota 1).

43) Cfr. CZYHLARZ, (op. cit., pag. 17): SCHEURL (*Kritische Vierteljahrsschrift*, vol. 6, pag. 4) pone invece la *dos* come un *capitale* pel sostegno dei pesi matrimoniali (....... wenn wir als eigentlichen und überall gleichmässigen Zweck der Dosbestellung die Gründung eines *Fonds zur Bestreitung der*

III.

La funzione della *dos* è di sopperire agli onera matrimonii.

13. Il linguaggio chiarissimo delle fonti, che esprime la relazione intima fra la *dos* e gli *onera matrimonii*, e i requisiti della *dos*, innanzi discorsi, dimostrano che nel concetto stesso di essa esiste la funzione sua di sopperire a quei pesi.

Lo Scheurl, ricordando che la *dos* può esser talvolta costituita da un terzo per la donna, talvolta da costei e dal suo patrimonio, si domanda: qual'è la ragione del romano costume, per cui i terzi sogliono, con la

---

ehelichen Lasten ansehen dürften). Ma lo Scheurl non riproduce questo concetto nel suo *Lehrbuch der Institutionen* (cfr. § 178 e 179, 8ª ediz., Erlangen 1883). Il Dernburg (*Pandekten,* vol. 3, 4ª ediz. pag. 22, § 13, n. 2) rappresenta la *dos* alla stessa guisa dello Scheurl ». Der wesentliche Zweck der *dos* ist, einen *Fonds zu bilden, aus welchem die ehelichen Kosten bestritten werden*. E quì osserva bene lo Czyhlarz (ivi, pag. 17) che, quando si volesse usare della espressione *Fond,* la si potrebbe riferire solo al patrimonio del marito, e non alla *dos*. Così fa il Puchta (*Pandekten,* 9ª ediz. § 414). « *Dos,* Heirathsgut, Brautschatz ist, was von der Frau oder für sie als Beitrag zu den Lasten der Ehe in das Vermögen des Mannes gebracht wird. Sie setz zu ihrer Existenz eine *Vermehrung des Vermögens des Mannes, als des Fonds für die onera matrimonii* . . . ». Cfr. pure Brini (op. cit. pag. 87).

costituzione di dote, arricchire del loro patrimonio una donna, che va a marito? Qual'è la ragione del costume, onde nel matrimonio di una donna quest'aumento di patrimonio a lei devoluto, o quella parte già esistente del suo patrimonio, in cambio di esser posto nelle sue mani, suol'essere posto nelle mani del marito? Perchè, e fino a qual punto nel matrimonio di una donna esiste un motivo determinante di arricchire il marito a spese di costei, in ogni caso con limitazione della sua libertà? Se il riguardo esclusivo all'interesse della donna spingesse il terzo a costituirle una dote, egli potrebbe conseguire il suo scopo con una semplice donazione, senza bisogno della *dotis constitutio.*

E se quel riguardo fosse veramente fondato, se la donna, cioè, nell'andare a nozze avesse mestieri di una sostanza patrimoniale, non si potrebbe spiegare il secondo caso, in cui la donna dota sè stessa col patrimonio suo proprio: quivi si rappresenterebbe un metodo a rovescio, in cui ella diminuirebbe il suo patrimonio per arricchire quello del marito. Questo enigma sarebbe sciolto nel modo più semplice ed evidente, quando noi potessimo riguardare nella costituzione della *dos* lo scopo di stabilire un capitale pel sostegno dei pesi matrimoniali [44]).

14. La connessione intima tra la *dos* e gli *onera matrimonii*, che le fonti attestano, rende naturale la conseguenza, che colui il quale abbia da sopportare i pesi di un determinato matrimonio, debba avere anche la *dos* costituita per esso, e che, quando gli *onera* passino in

---

44) *Kritische Vierteljahrsschrift* vol. 6, pag. 3 e 4.

un altro patrimonio, anche la *dos* in quest'ultimo patrimonio debba entrare. Il che PAOLO esprimeva così: « *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* » [45]).

Nel matrimonio del *filius familias*, la *dos* veniva sempre nel patrimonio del *pater*, o che fosse costituita a costui, o al *filius familias* [46]). Ed in ciò non ricorre soltanto l'appli-

---

[45]) l. 56 § 1 D. DE IURE DOTIUM, vedi sopra, pag. 27.

[46]) l. 22 § 12 D. SOLUTO MATR. 24, 3....

« Sed si filius familias sit maritus et dos socero data sit, adversus socerum agetur, plane si filio data sit, si quidem iussu soceri, adhuc absolute socer tenebitur: quod si filio data sit non iussu patris, Sabinus et Cassius responderunt nihilominus cum patre agi oportere: videri enim ad eum pervenisse dotem, penes quem est peculium: sufficit autem ad id damnandum quod est in peculio vel si quid in rem patris versum est..... Il MANDRY (*Das gemeine Familiengüterrecht*, vol. 1, pag. 290 e 291 e nota 4), dice, che notando la parentesi di questo frammento di ULPIANO « quod si filio data sit non iussu patris........ penes quem est peculium » che contiene una opinione dei sabiniani respinta dalla giurisprudenza posteriore, e confrontando anche le parole immediatamente successive dello stesso frammento « *sufficit autem ad id damnandum quod est in peculio vel si quid in rem patris versum est* » debba ritenersi il *pater* obbligato per la *dos* costituita a vantaggio del matrimonio del *filius familias* solo quando o la *dos* fosse costituita allo stesso *pater*, ovvero, costituita al *filius familias*, esistessero i presupposti, nei quali il *pater* è obbligato pei debiti del *filius* (*iussus, concessio peculii, versio in rem*). Onde il MANDRY non ritiene esatto l'assunto dello CZYHLARZ (op. cit. pag. 321, nota 4) doversi, cioè, l'*actio rei uxoriae*, quando la *dos* sia stata costituita al *pater*, o gli obbietti dotali, su comando di costui, sieno stati dati al figliuolo, rivolgere solo contro il *pater*, e rispettivamente contro gli eredi di lui, non po-

cazione del principio dell'antico diritto, che tutti gli acquisti del *filius familias* erano devoluti al *pater*, ma della regola « *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* ». Questi *onera* infatti colpivano il patrimonio del *pater familias*.

> l. 20 § 2 D. FAMILIAE ERCISCUNDAE (10.2)
> . . . nec solum uxoris suae dotem, sed etiam filii sui uxoris, quasi hoc quoque matrimonii onus ad ipsum spectet, quia filii onera et nurus ipse adgnoscere necesse habet.

E come gli onera colpivano il *pater familias*, così gli era data anche la *dos*. Questa è la ragione, per cui la *dos*, che un *filius familias miles* riceve dalla moglie, non cade nel peculio castrense, come la *hereditas* di lei. Il *filius familias maritus* acquistava la *hereditas*, *adventicio iure*, solo per sè; mentre la *dos* era in relazione intima cogli *onera matrimonii*, e però veniva acquistata [47])

---

tendosi accogliere quì un' *actio quod iussu*. Il MANDRY critica pure BRINZ, in quanto avrebbe messo in rilievo la parentesi della l. 22 § 12 D. SOLUTO MATRIM., innanzi trascritta: « quod si filio dat sit. . . . . penes quem est peculium ». A questa critica si è risposto nella seconda edizione del BRINZ (*Lehrbuch der Pandekten*, vol. 3, pag. 692, nota 2). dicendosi, che le parole « *sufficit autem . . . . versum est* » non respingono la opinione dei sabiniani, ma la limitano, in quanto determinano la misura della obbligazione, lasciando integro il fatto e il fondamento di questa, posto dai sabiniani. Nel BRINZ (l. c. nota 2) è citata anche la l. 20 § 2 in f. D. FAM. ERC.

[47]) l. 16 D. DE CASTRENSI PECULIO, trascritta nella pag. 27. BRINZ, op. cit. pag. 693. La decisione, che ci porge la l. 16 cit., è

dal padre, che questi oneri sopportava. Ma la *dos* del *filius familias* era sempre considerata come una sostanza, che dal resto del patrimonio del *pater familias* si separava, e che costituiva il *filius* nell'aspettativa di riceverla, quando la *patria potestas* venisse a cessare, perchè allora gli *onera matrimonii* cadevano appunto su di lui. *Post mortem patris statim onera matrimonii filium sequuntur, sicut liberi, sicut uxor* (l. 56 § 2 D. DE IURE DOTIUM) [48].

---

tolta, com' è noto, dai responsi di PAPINIANO: pare strano che sia nato il dubbio se la *dos* del *filius familias* dovesse appartenere al peculio castrense, mentre per questo esiste un *ius singulare,* che non può estendersi per analogia. Ma il dubbio sorgeva dall' essersi nei tempi di Adriano stabilito che la eredità della moglie del *filius familias* entrasse nel *peculium castrense* di costui; onde si accentuò l' *onus matrimonii*, che *iure communi* continuava a colpire il *pater*, quantunque il *filius familias* avesse il peculio castrense, e che rivelava la necessità di dovere pure al *pater* appartenere la *dos*. Di altra opinione è lo CZYHLARZ (op. cit. pag. 18 e 19) che sostiene essersi nella l. 16 rilevati gli *onera matrimonii* non già perchè l' acquisto della *dos* da parte del *pater* dovesse essere una conseguenza giuridica di quelli, ma per mostrare la inapplicabilità al caso proposto del *ius singulare,* che imperava pel peculio castrense. Lo stesso CZYHLARZ però (pag. 19, nota 16 a) dice « come contrapposto è nel luogo (nella l. 16) allegata la eredità, che in tanto è un puro acquisto (*adventicio iure quaeritur*) in quanto essa non sembra equivalente di certi *onera* ».

[48]) Quest'*aspettativa* del *filius* della *dos* non conduce, nota il MANDRY (*Das gemeine Familiengüterrecht* vol. 1, p. 292), al riconoscimento di un diritto di successione, esistente du-

15. Morendo il *pater familias* quando il matrimonio del *filius familias* durava ancora, e però la *dos* doveva continuare a compiere la sua funzione, questa non doveva dividersi fra tutti i coeredi, ma costituire un patrimonio separato dalla eredità, e si lasciava al solo *filiusfamilias maritus* come *praecipuum*, se questi con altri fosse istituito [49]) erede, o come semplice legato, se fosse diseredato.

---

rante la *potestas* sulla *dos*, del quale il *filius* non potesse essere privato: questi diritti fermi su di una successione da aprirsi soltanto in avvenire sono in generale estranei al concetto romano. Ma lo stesso MANDRY (pag. 291) aveva già premesso che, mentre nell' acquisto della *dos* pel *pater familias*, si fece valere, parte direttamente (*dos filio familias constituta*), parte indirettamente (*dos patri familias constituta*), ma in ambo i casi puro ed illimitato, il principio dominatore della romana famiglia che tutti gli acquisti del *filius familias* sono devoluti al *pater*, la *materiale destinazione* della *dos*, che spicca in primo grado (*ut oneribus matrimonii serviat*), porta seco una relazione della *dos* al *filius familias*, che la separa dall'altro patrimonio, ed è stata, almeno secondo un certo senso giuridico, riconosciuta. Se sia poi da ammettere il concetto del MANDRY intorno alla *materiale destinazione della dos* vedremo più tardi.

[49]) VOIGT (*Die lex Maenia de dote*, pag. 63, e note 95 e 98). MANDRY (op. cit. pag. 292 e seg). Il VOIGT stesso (Die XII *Taf*, vol, 1, pag. 231, nota 32) osserva che nel tempo dell'impero si costituì una forma particolare nel *legatum per praeceptionem*, così espresso: L. Titius et C. Maevius heredes sunto; K. Titius fundum Cornelianum praecipito, sumito, sibique habeto (cfr. pure VOIGT *Jus naturale* III, nota 398): che esempii del *praelegatum* sono il *praelegatum dotis*, (con cui va parallelo il *legatum dotis*), poi il *legatum peculii*, e finalmente il prele-

Nelle fonti sono configurate queste ipotesi:

l. 1 § 10 D. DE DOTE PRAELEGATA 33, 4 ULPIANUS *libro nono decimo ad Sabinum.*

---

gato di qualunque altro obbietto patrimoniale. Tale *praelegatum* venne giuridicamente costruito come legato dai Proculeiani nel tempo dell'impero, mentre nel tempo antico non aveva nè una forma propria, nè era riconosciuto come vero legato, ed era trattato con tal nome solo volgarmente. Cfr. pure il CUQ (*Les institutions juridiques des Romains,* Paris 1891, pag. 44 e seg.) ed il FERRINI (*Teoria generale dei legati e dei fedecommessi*; p 22 e 23). Il BERNSTEIN (Zur Lehre vom römischen Voraus(*legatum per praeceptionem*) nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung,* vol. 15 (*romanistische Abtheilung,* pag. 26 e seg.) intende per *praecipuum* ciò che ognuno, che sta in una comunione, riceve o ritiene come suo bene personale, che non cade nella comunione, nè è oggetto di divisione (pag. 27, 1). Il *praecipere,* nota BERNSTEIN (pag. 28 e 29 *ibidem*), ha questo significato nella l. 65 § 16 i. f. D. PRO SOCIO 17, 2, trascritta nella nostra pag. 28. Questo diritto alla *praeceptio* del *socius maritus* risponde al diritto alla *praeceptio* del *filius familias maritus* rispetto alla *communio* da sciogliersi degli eredi del suo *pater familias*; in ambo i casi la *dos* vien governata come un patrimonio del figlio, che dee servire al matrimonio, ed essere presso colui, che ne sopporta i pesi. Pel BERNSTEIN il *legatum per praeceptionem* è quello, in cui una *res hereditaria* si considera come separata dal patrimonio, e come sottratta alla divisione, in guisa che l' erede onorato riceverebbe quella *res* come precipuo, e tutta quanta *iure legati.* Contro questa nuova dottrina del BERNSTEIN sono importanti le obiezioni del FERRINI (*Bullettino dell' istituto del diritto romano* (anno VIII, fascicolo I-III, pag. 1-30). Anche il DERNBUNG (*Pandekten,* vol. 3, 4ª ed. pag. 232, nota 2) aveva ritenuta interessante la ricerca

Per contrarium apud Iulianum lib. trigesimo septimo quaeritur, si socer filio suo exheredato dotem nurus

---

del **Bernstein**, pur soggiungendo che lascia parecchie difficoltà. Ma a noi importa qui notare soltanto che il **Bernstein** dal principio fondamentale del *legatum per praeceptionem*, il cui contenuto per lui è un vero *extra hereditatem*, trae le funzioni, che esso solo, grazie a questo principio, può compiere, e che solo in una maniera insufficiente sarebbero da attùare con ogni altro legato, specie col così detto prelegato. In certi casi sembra imperiosamente necessario di conseguire l'uguaglianza fra gli eredi mediante la separazione di oggetti ereditarî a vantaggio di alcuni di loro: in altri casi certe parti del patrimonio, almeno *naturaliter*, sembrano estranee alla eredità. Questi diritti di separazione hanno nome di *praeceptio*. La naturale pretesa a certe parti di patrimonio si attua in una serie di altre *praeceptiones*, come avviene nella *dos* costituita pel matrimonio di un *filius familias*, che, secondo il diritto classico entrava nel patrimonio del *pater familias*, formalmente era una parte di tale patrimonio, ma secondo la sua economica destinazione, apparteneva al *filius familias*, era il patrimonio matrimoniale (*Ehevermögen*). (**Bernstein** § 6, l. c. pag. 80. Cfr. pure pag. 89). Il **Kuntze** (*Über die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlassstücke,* II abth., pag. 5, nota 2) osserva che era costume di *prelegare* la *dos al filius familias*, e su ciò si fonda la presunzione che questo *praelegatum dotis* sia stato la prima (generale) applicazione del prelegato nella pratica romana. Soggiunge il **Kuntze** che difficilmente si può indicare un altro punto della vita, in cui esistesse un somigliante bisogno così forte e legittimo di fare una differenza fra i *sui heredes,* e ad uno o a più di essi assegnare un *praecipuum* in via di prelegato. La *dos* si separava (e potè ciò avvenire di fatto anche sotto il dominio della *manus*) da sè medesima dal restante patrimonio del te-

legasset: et ait agi quidem cum marito exheredato de dote non posse, verumtamen ipsum dotem persecuturum ex causa legati . . . .

l. 1 § 11 *eodem*.

Idem Iulianus quaerit, si dotem marito relegaverit socer, an dote soluta mulieri legatum mariti extingnatur. et dicit extingui, quia nihil esset iam, quod marito posset praestari . . . .

l. 1 § 13 *eodem* . . . .

sed et marito ex parte herede [50]) istituto a socero dote praelegata legatum dotis falcidiam passurum, vi-

---

statore per la sua relazione agli *onera matrimonii*, e perchè essa era in certa guisa *bene estraneo* (cioè bene dotale, *eheweiblickes Heirathsgut*) ed entrava naturalissimamente come prelegato nel *iudìcium familiae erciscundae*. Così si spiega anche facilissimamente come (più tardi) il suocero alla nuora, il marito alla sua vedova solessero legare la costei *dos*, *relegatum dotis*. Cfr. sempre KUNTZE l. c. e BERNSTEIN, l. c. pag. 141, nota 1.

[50]) Il MOMMSEN nella sua edizione dei Digesti accetta nel testo una lezione essenzialmente diversa: *sed et marito ex parte* HEREDI *instituto a socero dos praelegata est:* e giustifica questa mutazione, richiamandosi al così detto *Tipucitus* (τὶ ποῦ κεῖται). Secondo la edizione dei Basilici di *Heimbach* (vol. 4, pag. 401) il *Tipucitus* riporta come contenuto del § 13 della l. D. *de dote praelegata* (BASIL. 44, 7, cap. 1) nella seconda proposizione queste parole. καὶ εἰ μερικῷ ὄντι τῷ παιδὶ κληρονόμῳ ληγατευθῇ προίξ: nella traduzione latina: *Et si filio heredi ex parte instituto dos legata sit*. Sicchè il caso della l. 1 § 13 cit. sarebbe da configurarsi così, che non alla nuora, ma al figlio e marito, che dal padre è istituito erede *pro parte*, si sarebbe legata la *dos*, costituita per la nuora al suocero. Cfr. su tutto ciò e sulla lezione accolta dal MOMMSEN l'impor-

delicet quia adhuc constante matrimonio indebita dos videtur relegata, verum quod Falcidia reccidit, in familiae herciscundae iudicio maritum praecepturum, quemadmodum totam dotem praeciperet, si non esset relegata.

l. 7 pr. D. eodem PAPINIANUS *libro octavo decimo quaestionum.*
Pater dotem a nuru acceptam filio exheredato legavit: heres patris opposita doli exceptione non ante solvere legatum cogendus est, quam ei cautum fuerit de indemnitate soluto matrimonio.

16. E se il *pater familias* non avesse ordinata la *praeceptio dotis,* disponendo che, nel caso di sua morte, la *dos* venisse separata dalla sua eredità a vantaggio del *filius familias,* costui aveva una legale pretesa sulla *dos,* indifferentemente se fosse o no divenuto erede del *pater.*[51]) Così ULPIANO parla del *filius familias heres* nella

---

tante articolo di ARNDTS (*Zur Lehre von der dos praelegata, Gesammelte Civilistische Schriften,* vol. 2, pag. 554 a 559).

[51]) BERNSTEIN l. c. pag. 89 e seg. Egli sostiene che questa legale *praeceptio* si appoggia alla *praeceptio* fondata su disposizioni del testatore, nella quale ultima verosimilmente già la coscienza giuridica soleva attuare la destinazione della *dos* prima che apparisse la legale *praeceptio.* Cfr. pure dello stesso autore pag. 140 e seg.—Il VOIGT (*Die lex Maenia,* pag. 64 e nota 101) ritiene del pari che la legale *praeceptio* è più recente, è estranea alla *lex Maenia*, da lui vagheggiata. (Su questa pretesa *lex Maenia,* che il DERNBURG (*Pandekt,* III, pag. 23, nota 1) chiamò *ein Fabelwesen*, cfr. PACCHIONI (*Com. alle Pand.* di GLÜCK, trad. it. lib. 23, pag. 632 e seg. nota a). Questa legale *praeceptio* viene stabilita soltanto dal tempo di *Nerva*

l. 20 § 2 FAMIL. ERC.
Hoc amplius filius familias heres institutus dotem uxoris suae praecipiet, nec immerito, quia ipse *onera matrimonii sustinet* [52]).

17. Questa legale *praeceptio* si esercitava per mezzo dell'*actio familiae erciscundae,* forse colla fictio « *si dos per praeceptionem legata fuisset* » [53]).

---

in poi, ed è ricondotta non ad una *lex,* ma ad un *iuris placitum,* come si raccoglie dalla l. 2. Cod FAM. ERCISCUNDAE, 3, 36.

> *Imp. Antoninus A. Avitiano.* Uxor tua, si mortuo patre tuo, cui dotem numeraverat, cum heres ei extiteris, adhuc in matrimonio tuo fuit, familiae erciscundae actionem ad exsequendam dotem *secundum iuris pridem placitum* adversus coheredes tuos nactus es eamque retines, etiam si postea, dum tibi nupta est, decessit. *PP. II id. Febr.*

I punti di appoggio, su cui l'*auctoritas* costituiva questo ordinamento, risultano, soggiunge il VOIGT (l. c. nota 101), in parte dal costume del *pater* di legare al figliuolo la *dos*, in parte da ULPIANO 19 *ad Ed.* (l. 20 § 2 D. 10, 2) e da PAOLO 7 *ad Sab.* (l. 46 D. 10, 2) e 6 *ad Plaut* (l. 56 § 1-2 D. 23, 3). Vedi sopra pag. 27, 28 e 42, dove sono trascritti questi frammenti.—I più antichi nomi, che vengon fuori in tale ordinamento giuridico, sono CELSO, GIULIANO, MARCELLO e SCEVOLA — Cfr. VOIGT, l. c. nota 101.

[52]) Cfr. su questa legge ARNDTS *(Gesamm. Civ. Schrift,* I, pag. 364) e CUIACIO *(Recitationes solemnes,* in tit. FAMIL. ERC. Ad § 2 *hoc amplius* della l. 20).

[53]) Così il BERNSTEIN l. c. pag. 90. Ma non vi ha alcuna prova che quella *fictio* si sia adoperata, nè forse ce ne sarebbe stato bisogno. Nella l. 51 D. FAM. ERCISC. invece si rileva l'impor-

l. 51 D. FAM. ERC. 10, 2. JULIANUS *libro octavo digestorum*
Fundus, qui dotis nomine socero traditus fuerit, cum socer filium ex aliqua parte heredem instituerit, per arbitrum familiae erciscundae praecipi ita debet, ut ea causa filii sit, in qua futura esset, si dos per praeceptionem legata fuisset [54]).

La *dos* era qui prelevata come un *aes alienum*, e però il *filius familias heres institutus*, esercitando la *praeceptio dotis*, il cui fondamento è posto prima della *hereditas* (*quia mortuo patre quaedam filios sequuntur etiam antequam fiant heredes, ut matrimonium, ut liberi*), nei più importanti rapporti, come nel computo della falcidia e della trebellianica, agiva in virtù di un proprio diritto quale creditore, e nulla riceveva *iure hereditario* o *iure legati*. La *praeceptio* era riguardata come un debito della eredità da prelevarsi prima [55]).

l. 85 D. AD LEG. FALC. 35, 2 JULIANUS *libro octavo digestorum*
Si dos socero data est et solus filius heres patri exstitisset, dotem confestim in computatione hereditatis et Falcidiae ratione in aere alieno deducet... [56]).

---

tante confronto col caso, senza dubbio frequentissimo, in cui il *pater* legava *per praeceptionem* al *filius familias maritus* la *dos* costituita pel matrimonio di costui. Vedi l'ARNDTS l. c.

[54]) L'ARNDTS (l. c. I, pag. 464) nota le varianti di questo frammento. La edizione *aloandrina* ha *quae* invece di *in qua*. MOMMSEN nella sua edizione nota come correzione del testo: « *ut (fundus) ea causa filii sit, qua futurus esset* ».

[55]) KRETSCHMAR (*Die Natur des Prälegats nach Römischem Recht*, pag. 190 e seg.).

[56]) Su questa legge vedi ARNDTS (op. cit. I, 463), BECHMANN (II, 281) e BERNSTEIN (l. cit. pag. 90).

18. La stessa *praeceptio dotis* il *filius familias* esercitava, quando fosse stato preterito, o diseredato.

> l. 1 § 9 D. DE DOTE PRAELEG. 33, 4 ULPIANUS *libro nono decimo ad Sabinum*
> Celsus libro vigesimo digestorum scribit....... maritus dotis persecutionem habebit, sive heres institutus esset, familiae erciscundae iudicio, sive non, *utili actione*..... [57])

---

[57]) Si è sempre disputato, se questa *utilis actio* fosse una *utilis familiae erciscundae,* o una *utilis legati actio.* Vuolsi ritenere come molto verisimile, e ciò è seguìto dalla maggior parte dei giuristi, che sia stata l' *utilis familiae erciscundae.* CUIACIO *(Recitationes solemnes ad tit.* IV *de dote praelegata* ad l. 1 § 9 *Celsus,* vol. 7, ed. Prato) dice «.... sive exhaeredatus sit a patre, dotem persequitur utili actione, id est, utili actione familiae erciscundae, quae redditur etiam inter eos, qui sunt heredes, et eos, qui nec sunt heredes nec bonorum possessores, sed ex haereditate tamen aliquid percipere et praelibare debent, ut in l. 2 § *si quarta, famil. ercisc.*» Ma poi *in tit. famil. erciscundae* ad § 2 *Hoc amplius* della l. 20 lo stesso CUIACIO mutò opinione e disse.... « Ergo interim praecipiet (filius) etiam dotem, non actione, familiae erciscundae, cum nondum sit haeres, sed utili actione, d. l. 1 *de dote praeleg. Celsus* praeceptioni locum esse per actionem utilem, et ad haec omnia pertinet lex si dos a socero ad leg. Falcid. hic omitto hanc actionem utilem ei dari, ut marito, non ut heredi, et ideo esse in factum actionem, non familiae erciscundae, alioquin exhaeredato daretur utilis fam. erciscundae, quod falsum est. Igitur datur ei actio utilis marito , non ut haeredi : proinde non utilis famil. ercisc. sed in factum, quae datur ex variis causis, l. sancimus, C. *de sacrosanctis eccles.*». Noi col PELLAT (*Textes sur la dos,* pag. 261) preferiamo la prima opinione del CUIACIO, e riteniamo che sia l'*actio fam. ercisc. utilis,* poi-

19. Come il *filius familius maritus*, così il *maritus socius* ha la *praeceptio dotis*. Nella *societas omnium bo-*

---

chè questa è data a colui, che, senza essere nè *heres*, nè *bonorum possessor*, viene a prendere una parte, o a prelevare qualche cosa dalla eredità: tal'è, p. es., l'impubere arrogato, che riceve la *quarta divi Pii*. CUIACIO stesso infatti, a conforto della prima opinione, da lui sostenuta della *utilis famil. erciscundae*, citava la l. 2 § 1 D. FAM. ERC., che suona così:

ULPIANUS lib. 19 *ad edictum* ....

> Si quarta ad aliquem ex Constitutione D. Pii adrogatum deferatur, quia hic neque heres neque bonorum possessor fit, utile erit familiae erciscundae iudicium necessarium.

Questa disputa intanto non è ancora quetata. Il MANDRY (op. cit. vol. 1, pag. 293) dice esser dubbio se sia l'*utilis familiae erciscundae* o l'*utilis legati actio*. UNTERHOLZNER (*Schuldverhältnisse*, vol. 2, pag. 417), FEIN (*Das Recht der Collation*, pag. 65). BECHMANN (op. cit. II, 291) VOIGT (*die lex Maenia*, pag. 64, nota 101), BRINZ, (*Lehrbuch*, vol. 3 pag. 694, nota 13) KRETVCHMAN (op. cit. p. 191), KARLOWA (*Röm Rechtsgesch*, pag. 195, nota 1) ritenno l'*actio familiae erciscundae utilis*. Cfr. l'ARNDTS (l. cit. p. 466 (*utilis familiae erciscundae* o *legati actio?*). CZYHLARZ (*Das römische Dotalrecht*, p. 328 e 329, e § 4 nota 15, pag, 27) osserva che non si può con precisione determinare il tempo della origine di questa *utilis actio*: il più antico nome che vi si riannoda è CERVIDIO SCEVOLA (l. 46 D. FAM. ERCISCUNDAE). La l. 1 § 9 cit. D. DE DOTE PRAELEG. fa menzione anche del giovane CELSO, ma è dubbio se questa autorità si riferisca pure alla seconda proposizione del frammento, nel quale la nostra *actio utilis* è ricordata. Lo CZYHLARZ ritiene che nell'*actio utilis* si debba necessariamente intendere una *utilis legatorum actio*, non essendo possibile l'*utilis familiae erciscundae actio*, perchè il figlio diseredato non è neppure *heredis loco*, ed in generale

norum entra anche la *dos* costituita per la moglie del socio, e la società sopperisce agli *onera matrimonii*. Ma

---

non ha nessuna pretesa su di una quota ereditaria, ma soltanto sulla massa dotale. CZYHLARZ l. c. Se questo illustre giurista ha detto le ragioni, per cui ha creduto che non si potesse parlare di *utilis familiae erciscundae actio*, non pare che abbia giustificata la sua ipotesi della *utilis legati actio*. Così pure il KOHLER (*Gesammette Abhandlungen*, pag. 134, nota) ritiene l'*utilis legati actio* senza nessuna discussione. Cfr. pure RUDORFF (*De iurisdictione edictum*, § 71, nota 2), LENEL (*Edictum perpetuum*, pag. 164, nota 7, e *Palingenesia*, vol. 2, n. 2599, pag. 1078, nota 3 « *ficticia ex testamento Ulp?)* »).

Leggendo la l. 1 § 9 cit..... nihilominus maritus dotis persecutionem habebit: sive heres institutus esset, FAMILIAE ERCISCUNDAE IUDICIO. *sive non*, UTILI ACTIONE » parrà strano il contrapposto fra il *familiae erciscundae iudicio* e l' *utili actione: actio* e *iudicium* nel diritto classico sono in molti luoghi adoperati come sinonimi. [Sui rapporti fra *actio* e *iudicium* vedi in vario senso GRADENWITZ (*Interpolationen in den Pandekten*, Zur Terminologie von *Actio* und *Iudicium*, pag. 103 e seg.); WLASSACH (*Römische Processgesetze* I, pag. 26, 72 e seg. e specialmente pag. 81, nota 8, e II, pag. 13 e seg. KÜBLER (Ueber die Bedeutung von *iudicium* und *formula* nella *Zeitschr. der Savigny.—St. Röm. Abth.*, vol. 16, pag. 137 e seg.)]. Ma, a così breve distanza, in cui quelle due parole si trovano nel testo, sembra difficile ritenere che l'una e l'altra indichino la stessa *actio familiae erciscundae*. Il giureconsulto avrebbe allora detto: *sive heres institutus esset, familiae erciscundae iudicio, sive non, utili*, e si sarebbe inteso l'*utile familiae erciscundae iudicium*. (Cfr., tra le altre, la l. 6 D. COMM. DIV. 10, 3 dello stesso ULPIANO). Malgrado quest'anomalia di locuzione, gli argomenti innanzi discorsi ci fanno ritenere più verosimile che si tratti dell'*actio utilis fam. erciscundae:* il *filius familias*

quando la società si scioglie, e il matrimonio del socio dura ancora, il *socius maritus* dovrà solo sopportare gli *onera*, che prima erano addossati alla *societas*. Di qui sorge in lui il diritto di *praecipere* la *dos*, che a tali *onera* è perpetuamente connessa. Onde la *dos* non si divide tra i socii, ma vien separata dalla massa sociale, come la *dos* del *filius familias maritus* dalla massa ereditaria. In entrambi i casi la *dos* è considerata come un patrimonio particolare, che è devoluto ai pesi del matrimonio, e che deve trovarsi presso colui, che sostiene tali pesi [58]).

> l. 65 § 16 D. PRO SOCIO 17, 2. PAULUS *libro trignesimo secundo ad edictum.*
> Si unus ex sociis maritus sit et distrahatur societas manente matrimonio, *dotem maritus praecipere debet, quia apud eum esse debet qui onera sustinet....*

20. Alcuni giuristi, pur riconoscendo nella *dos* la funzione di sopperire ai pesi matrimoniali, negano che il

---

maritus diseredato vien finto erede allo scopo della *praeceptio dotis*. Della quale *fictio* parla BECHMANN (op. cit. II, pag. 291). Cfr. pure BERNSTEIN (l. c. pag. 90).

[58]) Cfr. BERNSTEIN, (l. cit., pag. 29). — KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* vol. 2, pag. 194).—Il prof. SCIALOJA col suo solito acume nelle *osservazioni sui frammenti giuridici testè editi dai sigg.* GRENFELL e HUNT (estratti dai rendiconti della Reale Accademia dei Lincei, seduta del 20 giugno 1897), ha notata la identità quasi completa con la l. 65, § 16, D. PRO SOCIO del frammento di uno scritto giuridico latino, che si trova nel volume di essi sig. GRENFELL e HUNT (*Greck papyri, Series II, new. classical Fragments and other greek and latin papyri* (Oxford 1897), e ne ha spiegate le poche diversità.

passaggio degli *onera* da un patrimonio all'altro tragga seco in quest'ultimo anche la *dos*. Lo CZYHLARZ sostiene che tale passaggio avviene in conseguenza di particolari rapporti, come della società, delle relazioni fra i coeredi: che il diritto allo *praeceptio* non vuolsi avvisare come una conseguenza del principio « *dos ibi esse debet, ubi sunt onera matrimonii* »: che questo vuolsi considerare come una regola astratta da casi particolari, in ordine alla quale dee tenersi presente il noto eurema di PAOLO « Re- « gula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex re- « gula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat... » [59]).

A questa conclusione giunge lo CZYHLARZ, osservando che la *praeceptio* non è una conseguenza della *dos*, ma dell'*aequitas*, che costituisce il sommo principio dell'*actio familiae erciscundae;* e come il *filius* preleva l'ammontare delle obbligazioni assunte *iussu patris*, così egli preleva ciò che gli è dato per causa degli *onera*, i quali, dopo la morte del padre, lui solo colpiscono.

Ma questa *praeceptio* non è una conseguenza della *dos*, per cui difficilmente si sarebbe adoperata la espressione « *nec immerito* » nella l. 20 § 2 FAMIL. ERCISC. cit. Soggiunge lo CZYHLARZ essere decisivo il fatto, che la *praeceptio* si riannodi all'*actio familiae erciscundae*, ed entri solo allora, quando il *filius* è erede del padre: mentre, se la *praeceptio* fosse una conseguenza della *dos*, sarebbe indipendente da questa qualità di erede. Nel diritto antico al figliuolo, che non era istituito erede, si legava la *dos* dal *pater*, ed allora era considerato alla pari degli

---

[59]) l. 1 D. DE DIV. REG. IUR. 50, 17.

altri legatarii, e doveva sopportare la riduzione della *quarta falcidia*. Il che mal si conciliava con la esistenza di una particolare pretesa dotale, perchè per essa quel legato cadeva sotto il concetto del *legatum debiti*, che alla *quarta falcidia* non era sottoposto. E se il padre non avesse fatto quel legato, il figlio non aveva nell'antico diritto nessuna pretesa rispetto agli eredi del padre per la restituzione della *dos*, e tuttavia era colpito dagli *onera matrimonii*, che dovevano tornargli assai più gravi, perchè egli era diseredato. Onde in questo caso gli fu concesso più tardi un particolare mezzo giuridico, un' *actio utilis*, che non è una conseguenza del concetto della *dos*, ma dell' *aequitas*. Che se quella pretesa fosse stata una conseguenza della connessione tra la *dos* e gli *onera matrimonii*, avrebbe dovuto esistere negli altri casi, in cui *dos* ed *onera* si trovano separati.

- Nel caso di emancipazione del *filius*, o di adozione di lui, gli *onera* si trasferiscono al *filius* e al padre adottivo, mentre nulla è noto di pretese di costoro sulla *dos*. La quale restava sempre, malgrado la emancipazione e l'adozione, nel patrimonio del padre, e perveniva al figlio ed al padre adottivo solo quando il padre naturale l'avesse volontariamente data. Un altro caso, continua lo CZYHLARZ, in cui *dos* e *onera* si trovano separati, vien porto dalla confisca del patrimonio. Se questa avviene per effetto della condanna del marito alla deportazione, il matrimonio non si scioglie, mentre la *dos* col resto del patrimonio del marito si devolve al Fisco, che non ha niente da vedere negli *onera matrimonii*. I diritti della moglie

sulla *dos* non rimangono perciò alterati, ma di un diritto del marito alla restituzione della *dos* non si trova alcuna traccia, mentre esso dovrebbe esistere anche quì, se fosse una conseguenza dell'astratta connessione della *dos* cogli *onera* [60]).

21. La importanza di queste obiezioni sarebbe certamente grave se le condizioni storiche e giuridiche dei primi tempi non valessero a spiegare certe anomalìe.

Fu bene avvertito, che tutta la struttura del diritto dotale venne fuori e si atteggiò alla particolare figura del diritto della romana famiglia [61]).

La *patria potestas* raggruppava intorno a sè i figliuoli con le loro mogli, e con la loro prole: concentrava intorno a sè le doti, ed anche il patrimonio delle mogli dei *filii familias*. Queste doti dunque formalmente divenivano parte del patrimonio paterno, ed il *filius familias* non aveva « nè un diritto immediato sulla *dos*, nè un diritto di credito, fosse anche semplicemente naturale, di fronte al *pater familias*. Ma la *dos* era il patrimonio matrimoniale, e, per la destinazione sua, apparteneva al *filius familìas* [62]) ». Il diritto rigoroso non garentiva però a costui la

---

[60]) CZYHLARZ, (*Das römische Dotalrecht*, § 4, pag. 23 a 29). Questa opinione dello CZYHLARZ è seguìta dallo SCHUPFER (*La famiglia secondo il diritto romano*, pag. 290 a 292), e dal d'ANCONA (*Il concetto della dote nel diritto romano*, pag. 51 e seg.).

[61]) FRANCKE, (*von Rüchfalle der profectitia dos. Archiv. für die civilistische Praxis*, vol. 26, pag. 402 e seg.).

[62]) Così il BERNSTEIN, (l cit., pag. 89, 139 e 140).

restituzione della *dos,* quando il *pater familias* venisse a morte, ed il matrimonio ancora esistesse: il principio « *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* » non poteva divenire diretta prescrizione di legge, per dirla col KOHLER, poichè una *successio* nella *dos* come *universitas iuris* era estranea al diritto. Ma si seppe tener conto di quel principio in una maniera indiretta, concedendo al *filius* la *dos* quale *praecipuum,* come innanzi abbiamo ricordato; ed in queste concezioni i romani giuristi dettero prova della più grande maestria [63]).

Fu dunque necessità giuridica, determinata dalle condizioni storiche della *patria potestas*, che la *praeceptio dotis* si organizzasse a quella guisa in favore del *filius familias.*

22. Veniamo ora al *socius maritus.* Lo CZYHLARZ afferma che la *praeceptio,* concessa a costui della *dos* conferita nella *communio,* non sia una conseguenza della connessione della *dos* e degli *onera,* ma soltanto una conseguenza della *societas,* che garentisce l'uguaglianza di trattamento dei *socii.* Ed anche qui è stato molto giustamente osservato che dalla natura della *societas* seguirebbe solo che anche quella parte di patrimonio sociale, costituita dalla *dos* nella *societas omnium bonorum,* i socii dovessero dividere; che dovessero prestare cauzione al marito, per causa della loro parte degli *onera matrimonii,* come di

---

[63]) KOHLER, (*Gesammelte Abhandlungen,* pag. 134 e seg.). Il *nec immerito* poi, a nostro avviso, non decide nulla: è adoperato in altri luoghi delle fonti p. es. nella l. 16 § 2 D. QUOD METUS CAUSA 4, 2, per esprimere che non è senza ragione ciò che si concede.

una specie di debito sociale, contratto dal *socius maritus*, che, dopo lo scioglimento della società, resta solo a sopportare quegli *onera*. Ma a questo procedimento si oppone il principio: «*dos apud eum esse debet qui onera sustinet*», a cui il giureconsulto nella l. 65 § 16 D. PRO SOCIO si riferisce per fondare la *praeceptio* del marito. [64]) Questa dunque non può essere una conseguenza della *societas*.

23. In ordine poi all'adozione ed alla emancipazione, è vero che nelle fonti non si trova alcuna traccia di azione per ottenere la restituzione della *dos*, quantunque in questi casi gli *onera matrimonii* passassero al padre adottivo ed al figliuolo emancipato. Il giureconsulto PAOLO [65]) dice solo: »

> Onera eius, qui in adoptionem datus est, ad patrem adoptivum transferuntur.

Ma non addita alcun mezzo, onde il padre adottivo possa sopperire a questi *onera*, e la *dos* trasferirsi a lui. Lo stesso SAVIGNY, mentre osserva che « quando il figlio viene « emancipato o dato in adozione o diseredato, la dote « viene sempre separata dal patrimonio del padre, perchè « essa segue il marito congiunta inseparabilmente coi « pesi del matrimonio » [66]) non può dir nulla intorno al modo di attuare quella separazione.

24. Per spiegare siffatto silenzio delle fonti si sono ma-

---

[64]) KARLOWA, (*Rechtsgesch*, II, 194).

[65]) l. 45 D. DE ADOPTIONIBUS, 1, 7.

[66]) SAVIGNY (*System des heutigen röm. Rechts*, II, 115, e traduz. SCIALOJA, II, pag. 118.

nifestate varie opinioni. Si è detto non escludere esso recisamente che il padre adottivo, o il figliuolo emancipato avesse potuto ottenere un mezzo giuridico (non certamente l'*actio familiae erciscundae,* o *legati utilis*) per domandare la *dos* all'antico *pater familias:* che era pure verosimile la ipotesi che in tali casi venisse data alla moglie l'*actio rei uxoriae* anche *constante matrimonio,* e per questa via la *dos* fosse realmente serbata alla sua destinazione [67]).

Si è pure affermato che se nelle fonti non si trova alcuna decisione pel caso della emancipazione, se non può ammettersi un obbligo del padre emancipante di restituire la *dos* al figliuolo, senza dubbio essa sarebbe lasciata a costui come parte del peculio [68]); e, se ciò non fosse avvenuto, il padre avrebbe potuto esser costretto a restituire la *dos* alla nuora, perchè il matrimonio *civili ratione* era sciolto per effetto della *capitis minutio.* La donna poteva poi, se entrambi fossero di accordo a continuare il matrimonio, costituire di nuovo al marito la *dos* restituitale dal suocero. La quale ultima opinione a noi pare da seguire [69]).

---

[67]) MANDRY, (*Das gemeine Familiengüterrecht,* vol. 1, pag. 303 e 304), che argomenta da una parte dalla l. 24 § 1 D. SOL. MAT. e l. 10 D. DE LEGAT. PRAEST. 37, 5, e dall'altra dalla l. 44 pr. D. SOL. MAT.

[68]) VOIGT, (*Lex Maenia* nota 110, e *XII Tafeln* vol. 2, § 93, nota 37 in fine), che pure ritiene essersi lasciata al figlio la *dos* della moglie di lui come *peculium* e cita l'opinione di MARCELLO riferita da ULPIANO: (l. 20, § 2 FAM. ERC. trascritta nella pag. 42).

[69]) SCHEURL, (*Kritische Viertljahrsschr.*, vol. XI, pag. 322).

Che se poi tutti questi tentativi per spiegare il silenzio delle fonti intorno al destino della *dos* nell' adozione e nella emancipazione, non riuscissero a nulla, resterebbe

---

Lo SCHEURL a ragione si maraviglia che BECHMANN (op. cit. II, pag. 278) abbia affermato essere opinione molto diffusa che in conseguenza della estinzione della *patria potestas* la *dos* come tale passi « senz'altro » al marito oramai *sui iuris*, e costui soltanto possa esserne d'allora debitore. Di questa opinione non si trova alcuna traccia in nessun libro di pandette, come osserva lo SCHEURL, che la combatte (l. cit., pag. 321 e 322). Ma lo SCHEURL si accorda col BECHMANN nel ritenere che, nel caso di emancipazione, non si trova nelle fonti alcuna decisione e che non può essere ammessa una obbligazione dell'emancipante a restituire la *dos* al figliuolo; ond'egli solleva la ipotesi, da noi riferita nel testo.

L' HASSE (*Das Güterrecht der Ehegatten*, pag. 377) si domanda: che avviene quando il padre, che ha ricevuto la *dos*, emancipa il figlio? Poichè le leggi parlano del solo caso della morte del padre, è ammessa la presunzione che la obbligazione di contribuire alle spese del matrimonio, almeno fin dove giunga la *dos*, continui nella persona del padre; e ciò era tanto più senza difficoltà, in quanto qui una obbligazione vera e propria non esisteva. Ma se il padre, nell'atto della emancipazione o dopo, avesse restituita al figlio la *dos*, o, avendola costui amministrata per lo innanzi come *peculium*, gliel' avesse lasciata, al figlio passerebbero anche gli *onera matrimonii*. E se la moglie desiderasse per sè e per suo marito una casa separata ed indipendente, sembra che, mediante il divorzio, potesse costringere il padre a restituire la *dos*, e poichè questa, dopo l'avvenuta emancipazione, era una pretesa molto naturale non si poteva dire che per colpa della moglie il divorzio fosse avvenuto. E forse, appunto perchè ciò seguiva naturalmente, le leggi non ne parlano. HASSE l. c.

sempre vero che dal non trovare un principio applicato in tutte le sue conseguenze non si può concludere che esso non sia stato decisivo per quelle esistenti [70]).

25. Finalmente lo Czyhlarz, per compiere la sua dimostrazione intorno alla inesattezza del principio « *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* » invoca, come abbiamo già riferito, il caso della confisca del patrimonio, che avviene per condanna alla deportazione.

26. I luoghi delle fonti, che lo Czyhlarz ricorda, sono questi ;

l. 5 § 1 D. de bonis damnat, 48, 20. Ulpianus *libro trigensimo tertio ad edictum.*
Quod si deportata sit filia familias, Marcellus ait, quae sententia et vera est, non utique deportatione dissolvi matrimonium: nam cum libera mulier remaneat, nihil prohibet et virum mariti affectionem et mulierem uxoris animum retinere. si igitur eo animo mulier fuerit, ut discedere a marito velit, ait Marcellus tunc patrem de dote acturum. sed si mater familias sit et interim constante matrimonio fuerit deportata, dotem penes maritum remanere: postea vero dissoluto matrimonio posse eam agere, quasi humanitatis intuitu hodie nata actione.

l. 1 cod. de repud. 5, 17. Imp. Alexander A. *Avitianae.*
Matrimonium quidem deportatione vel aqua et igni interdictione non solvitur, si casus, in quem maritus incidit, non mutet uxoris adfectionem. ideoque dotis actio ipso iure non competit, sed indotatam esse eam,

---

70) Mandry, (*Das gemeine Familiengüterrecht,* vol. I, pagina 304).

cuius laudandum propositum est, nec ratio aequitatis nec exempla permittunt.

l. 31 D. SOLUTO MATRIM. 24, 3. ULPIANUS *libro octavo decimo digestorum.*

Si marito publico iudicio damnato pars aliqua bonorum eius publicetur, fiscus creditoribus eius satisfacere necesse habet: inter quos uxor quoque est.

Nella l. 5, § 1 D. DE BONIS DAMNAT. si parla della deportazione della moglie, nel rescritto dell' imperatore SEVERO di quella del marito. La pena della *deportatio* non scioglie il matrimonio, quando continui la *maritalis affectio* dei coniugi, ma il matrimonio cessa di essere *iustum,* perchè uno dei coniugi ha perduta la cittadinanza.

Nella l. 5 § 1 D. DE BONIS DAMNATOR. ULPIANO distingue se la moglie deportata sia ancora *filia familias* o no. Nel primo caso, sì tosto ella *eo animo fuerit, ut a viro discedere velit,* l'*actio de dote* spetterà al padre di lei senza ostacolo nessuno: ma nel secondo caso, quando la moglie deportata è *mater familias*, potrebbe costei, *postea dissoluto matrimonio,* agire ella stessa, *quasi humanitatis intuitu hodie nata actione.* Il che vuol dire solo che l'azione si considera nata nel momento dello scioglimento effettivo del matrimonio, e non già nel tempo della deportazione: onde la *dos* viene a questa guisa sottratta alla confisca del patrimonio della deportata, e resta nel tempo intermedio in potere del marito per sostenere gli *onera matrimonii;* vi resta non *humanitatis intuitu*, ma *ipso iure,* (*dotem penes maritum rimanere*) [71]).

---

[71]) ARNDTS, *Gesamelte Civilistiche Schriften,* vol. 1, pa-

Il rescritto dell'imperatore Alessandro poi stabilisce, che la deportazione del marito non scioglie il matrimonio, si casus, in quem maritus incidit, non mutet uxoris adfectionem; e però la restituzione della *dos* non ha luogo *ipso iure* (ideoque dotis exactio ipse iure non competit). La *dos* resta dunque *ipso iure* presso il marito, ed alla moglie non spetta *ipso iure* l'azione dotale. Ma non per questo la moglie, quasi a pena della fede serbata, deve rimanere *indotata;* onde l'imperatore aggiunge: sed indotatam esse eam, cuius laudandum propositum est, nec ratio aequitatis, nec exempla permittunt. Ella può sottrarre la *dos* dalla massa del patrimonio del marito, che ricade al Fisco, come può chiederne sempre la restituzione constante matrimonio in caso di povertà del marito, nel quale la *dos* rimane tuttavia avvinta agli *onera matrimonii* [72]).

---

gina 447 e seg. — Cfr. pure Schupfer (*La famiglia secondo il diritto romano,* pag. 15 e 191), che si esprime così « propriamente l'azione non avrebbe dovuto competere; e se nondimeno si trovò di concederla, non fu senza una finzione, perchè si riguardava come nata al momento dello scioglimento del matrimonio ».

[72]) Arndts, op. cit., vol. I, pag. 448 e Czyhlarz, pag. 83. L'Arndts dice: poichè il rescritto è diretto ad una donna, probabilmente alla moglie del deportato, di cui voleva divider la sorte, il caso giuridico, che vi è trattato, è senza dubbio da configurarsi così, che il costituente la *dos* in virtù del suo diritto, forse il padre della donna come costituente la *dos profecticia*, od anche in virtù della *patria potestas,* voleva subito reclamare la *dos* in conseguenza della deportazione del marito, perchè il *matrimonium* non poteva più essere *iustum.* E ciò non *humanitatis intuitu,* ma come non fondato, se

27. Del resto, si può anche concedere che vi siano casi, in cui la *dos* resti a colui, che non sopporta i pesi del matrimonio. Ma ciò non prova nulla contro la esattezza del principio « *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* », nè dimostra che questo non sia una conseguenza del concetto della *dos*. Quei casi potrebbero solo attestare che tale principio non riuscì a dominare di fronte ad altri, con cui non si trovava in armonia, e che pure erano vita del diritto romano. Il *pater familias* po-

---

condo lo stretto diritto (*ipso iure*), vien respinto.—Lo CZYHLARZ costruisce il caso diversamente. L'*Abutiniana* (*Avitiana*), cui il rescritto è rivolto, preoccupata che, per la confisca del patrimonio del marito, il diritto dotale di lei potesse essere offeso, voleva subito la restituzione della *dos*. Le risponde allora l'imperatore che, per la deportazione e la confisca, il diritto dotale non viene alterato; e ciò esprime, negandole l'azione durante il matrimonio, dichiarandola ammissibile dopo il divorzio, e ritenendo come privo di qualunque fondamento il timore che la donna potesse restare *indotata*. Le ultime parole del rescritto « *sed indotatam eam esse, cuius laudandum propositum est, nec ratio aequitatis nec exempla permittunt* » rendono più verosimile la *species facti* ritenuta dall' ARNDTS che non la donna avesse chiesta la restituzione della *dos*. Così l'ARNDTS, come lo CZYHLARZ, esaminano questo rescritto, in ordine alla quistione di sapere se fosse possibile la *dos* nel *matrimonium iuris gentium*. Vedi sopra la nostra nota 29, pag. 25.

Ma a noi non importa sapere come sia stato configurato il caso del rescritto: basta la soluzione, data da esso, che conferma la tesi nostra. Cfr. pure SCHEURL (*Kritische* cit. vol. XI, pag. 107). KARLOWA, (*Röm. Rechtsgesch.* vol. 2, sez. I. p. 183 a 185).

teva infatti, per mezzo della *exheredatio,* escludere il figliuolo dalla sua eredità, e però anche da quella parte di essa, che costituiva la *dos.* Il romano *pater familias* poteva dare il figliuolo in adozione, poteva emanciparlo senz'assegnargli una parte qualunque del suo patrimonio, e ritenersi anche la *dos* che gli era stata costituita.

Contro questi principii non potè, se le nostre notizie delle fonti non abbiano alcun vuoto, valere l'eurema « *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* » [73]). Ma ciò non vuol dire che esso non valga in tutti gli altri casi ad additare e provare la funzione della *dos,* che è quella di sopperire ai pesi del matrimonio, con cui si trova indissolubilmente congiunta.

28. Siffatta funzione esclude che la *dos* contenga una donazione al marito, perchè ad essa rispondono sempre gli *onera matrimonii,* e non può essere considerata come *causa lucrativa,* neppure quando gli *onera* venissero a cessare; alla stessa guisa, che non è donazione il pagamento del prezzo al venditore, quando la cosa venduta perisse per caso fortuito prima della *traditio* al compratore. L'aumento del patrimonio del marito, che vien fatto colla *dos*, ha quindi per correlativo gli *onera*, e la *dos* « è, per così dire, il compimento giuridico patrimoniale del « matrimonio, che appunto per l'*onus* è richiesto: è un « equivalente prestato dalla donna, pel quale le sociali « conseguenze del matrimonio pel patrimonio del marito « debbonsi rendere a costui sopportabili ». L'*animus dotis constituendae* è essenzialmente diverso dall' *animus do-*

---

[73]) KARLOWA, (*Röm. Rechtsgesch.*, vol, 2, pag. 195).

mandi, e questa differenza si trova appunto nella relazione della *dos* cogli *onera matrimonii* [74]).

29. Il carattere oneroso della *dos* si raccoglie evidente dalle fonti.

> l. 47 pr. D. MANDATI (17, 1). POMPONIUS *libro tertio ex* PLAUTIO:
>
> Iulianus ait, si fideiussori uxor doti promiserit, quod ei ex causa fideiussoria debeat, nuptiis secutis confestim mandati adversus debitorem agere eum posse, quia intellegitur abesse ei pecunia eo, quod onera matrimonii sustineret.
>
> l. 8 § 13 D. 20, 6 (trascritta nella pag. 29).
>
> l. 19 D. DE OBLIG. ET ACT. 44, 7. IULIANUS *libro septuagensimo tertio digestorum.*
>
> Ex promissione dotis: non videtur lucrativa causa esse, *sed quodammodo creditor aut emptor intellegitur, qui dotem petit.* porro cum creditor vel emptor ex lucrativa causa rem habere coeperit, nihilo minus integras actiones retinent, sicut ex contrario qui non ex causa lucrativa rem habere coepit, eandem non prohibetur ex lucrativa causa petere.

---

[74]) Su tutto ciò vedi SCHEURL (*Kritische* cit. vol. 6, p. 34 e 35); lo CZYHLARZ (*Das röm. Dotalrecht.* ap. 3, § 15 *Dos und Schenkung*), e gli scrittori ivi citati—cfr. pure GRUEBER (*Versuch,* cit., pag. 7, nota 6). ARNDTS-SERAFINI, III, pag. 12 e nota 4). SCHUPFER cit., pag. 293. D'ANCONA (*Il concetto della dote* pag. 136 e seg.). — Si confrontino inoltre, per la relazione al tema, COGLIOLO (*Quaestiones vexatae de dotibus,* archiv. giurid. vol, XXIX, pag, 153-173). FADDA, (*Ancora della evizione nella dotis datio,* ibid., vol. XXXI, pag. 366. nota 16, e gli autori quivi citati). PAMPALONI (*Contributi alla determinazione degli emblemi nelle Pandette,* archiv. giurid. vol. 56, pag. 3-18).

l. 25 § 1. D. QUAE IN FRAUDEM CREDIT. 42, 8. VENULEIUS *libro sexto interdictorum.* . . .
in maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem, non magis quam in creditorem, qui a fraudatore quod ei deberetur acceperit, cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit.

l. 5 § 5 D. DE DOLI MALI ET METUS EXCEPT 44, 4. PAULUS *libro septuagensimo primo ad edictum.*
Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam creditor suum petit. in eadem causa est maritus: nec hic enim debet exceptione summoveri, qui suo nomine agit. numquid ergo nec de dolo mulieris excipiendum sit adversus maritum, qui dotem petit, non ducturus uxorem, nisi dotem accepisset? nisi iam divertit. itaque condictione tenetur debitor qui delegavit vel muliers, ut vel liberet debitorem vel, si solvit, ut pecunia ei reddatur.

l. 41 D. DE RE IUDICATA 42, 1. PAULUS *libro quarto decimo quaestionum.*
Nesennius Apollinaris: si te donaturum mihi delegavero creditori meo, an in solidum conveniendus sis? et si in solidum conveniendus, an diversum putes, si non creditori meo, sed ei, cui donare volebam, te delegavero? et quid de eo, qui pro muliere, cui donare volebat, marito eius dotem promiserit? Respondit: nulla creditor exceptione summoveretur, licet is, qui ei delegatus est, poterit ut iadversus eum, cuius nomine promisit: cui similis est maritus, maxime si constante matrimonio petat...

l. 9 § 1 D. DE CONDICT. CAUSA DATA 12, 4 PAULUS *libro septimo ad* PLAUTIUM:

Si quis indebitam pecuniam per errorem iussu mulieris sponso eius promisisset et nuptiae secutae fuissent, exceptione doli mali uti non potest: maritus enim suum negotium gerit et nihil dolo facit nec decipiendus est: quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere. itaque adversus mulierem condictio ei competit, ut aut repetat ab ea quod marito dedit aut ut liberetur, si nondum solverit. sed si soluto matrimonio maritus peteret, in eo duntaxat exceptionem obstare debere, quod mulier receptura esset.

In tutti questi luoghi la *dos* è sempre rappresentata come equivalente degli *onera:* il marito è giudicato alla pari di un compratore, o di un creditore: il contrapposto fra l'*in dotem dare* e il *donare* si rende evidente, ed anzi si esprime, riferendolo agli *onera matrimonii*, come al momento decisivo, come al presupposto essenziale del concetto della *dos*. Il diritto romano, anche nei particolari, tien fermo alla importantissima differenza, che corre tra la *dos* e la *donatio*, e dimostra che le disposizioni proprie di questa non si applicano a quella [75].

---

[75]) Cfr. sempre lo CZYHLARZ (op. cit. § 15 a 19). Egli, come il BECHMANN, osserva che l. 20 § 2 in f. COD. DE DONAT. ANTE NUPTIAS 5, 3.... « ideo enim et antiqui iuris conditores *inter donationes etiam dotes* connumerant » contiene una espressione così vaga da non potervisi fondare una teoria giuridica, non essendo neppure chiaro in quale rapporto la *dos* fosse annoverata fra le donazioni; ed è ben possibile che tale parallelismo abbia radice nell'affinità filologica delle parole *dos* e *donatio* (cfr. la nostra nota 14), poichè la identificazione giuridica dei due concetti, come si è dimostrato, è estranea al diritto romano. CZYHLARZ (l. c., pag. 55, nota 1). Nel Digesto sembra una sola volta adoperata *donatio* invece di costituzione di *dos* (l. 9, § 1, pendet donatio in diem nuptiarum). Cfr. GRUE-

E se il carattere oneroso della *dos* è fuori controversia, non si può nemmeno negare che esso non si spiega altrimenti se non colla funzione propria della dote medesima, che è quella di sopperire ai pesi del matrimonio.

BER, cit., pag. 36, nota 52; BRINI (op. cit., pag. 73, nota 3).

Un'altra quistione, che non rileva quasi nulla della tesi nostra, è quella di sapere se la *dos*, costituita da un terzo, con l'intendimento di esercitare una liberalità verso la donna, contenga una donazione a costei. Lo SCHEURL (*Kritische Vierteljahrss.* vol. VI, pag. 35 e seg. e XI, pag. 109 e seg.) ritiene la donazione, quando la donna realmente accetta l'attribuzione che l'estraneo ha per iscopo, poichè con WINDSCHEID (§ 365, nota 5) riconosce che la l. 18 D. *de reb. creditis* 12, 1 sia decidente per la natura contrattuale della donazione. SCHEURL dimostra largamente il suo assunto, e come dalle fonti si raccolga il concetto fondamentale che la *dos*, durante il matrimonio, sia una *res uxoria* affidata al marito, come nella *fiducia cum amico* e *cum creditore contracta*, dove la cosa singola, quantunque formalmente proprietà del depositario e del creditore, viene sempre ritenuta come un bene estraneo, a lui affidato. A questi argomenti dello SCHEURL, con cui aveva criticato BECHMANN, questi replicò (*Das Röm. Dotalr.* II, pag. 36, nota 1). Cfr. pure WINDSCHEID (*Lehrbuch,* § 493, nota 5), e le fonti ivi citate. CZYHLARZ (*Das röm. Dotalr.* § 19 e 20, pag. 65 a 73); GRUEBER cit. pag. 14, nota 31; BRINZ (*Lehrbuch*, § 476, pag. 708 e 709, e § 478, lettera *a*, p. 720). LOTMAR, (*Über causa im Römischen Recht.* pag. 146 e seg.) ritiene la *donatio* quando un *extraneus*, in riguardo ad un determinato matrimonio costituisce a C. una *dos propter nullam aliam causam*, *quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat* verso la donna.

Nella *dos*, che la donna costituisce a sè stessa, non si ravvisa alcuna donazione, perchè si ritiene quella obbligata naturalmente a dare una *dos*: l. 32, § 2 D. *de condict. indeb.* 12, 6. WINDSCHEID (l. c., nota 4 in f.).

IV.

La opinione dominante intorno alla funzione della *dos*.—Tentativi per combatterla—Dottrina di *Galvano*.

29. Sulle fonti e sulle ragioni finora discorse si costituì la dottrina comune, che nella *dos* ravvisò essenzialmente un contributo a sostenere i pesi del matrimonio. Ma AURELIO GALVANO, da FERRARA, noto per le sue dissertazioni sull'usufrutto, nel secolo decimosettimo, sostenne che, *ut in aliis plerisque iuris partibus*, doveva separarsi la *substantia* dalla *natura dotis*, quantunque tale separazione dai dottori non si fosse fatta [76]).

Substantia dotis, dice il GALVANO, in eo est, ut res dotales accipiantur, et habeantur nuptiarum causa: idest, ut exponemus, nuptialis affectionis, ac donationis causa: natura dotis est, ut eadem res accipiantur, habeanturque onerum nuptialium causa: prorsus inter simplicem nuptiarum causam, et causam onerum nuptialium hoc distat; quod illa, ut dixi substantiam; ista naturam respicit dotis: Nulla dos est, quae non constituatur nuptiarum gratia l. 3 D. *de iur dot.* Aliqua vero dos est, quae non constituitur onerum gratia; licet

---

[76]) M. AURELII GALVANI. *Dissert. variae.* DE USUFRUCTU. *Patavii* MDCL. pag. 240, III, e seg. Ci pare quì importante riferire testualmente le argomentazioni del GALVANO, come quelle che sembrano in gran parte riprodotte nella dottrina del BECHMANN, che dovremo in seguito largamente esaminare.

regulariter propter haec onera soleat constitui usque adeo, ut si nihil aliud expressum fuerit, ob hanc ipsam causam constituta esse intelligatur; quae est condicio earum rerum, quae sunt de natura alicuius actus, ut fuit observatum etiam cap. 19. Nuptiae igitur ad substantiam dotis pertinent; onera ad naturam....

Continua poi GALVANO dicendo che *dos*, secondo VARRONE, *est pecunia nuptiarum causa data*, e, secondo MARTIANO CAPELLAE, *Repensatrix nuptiarum*: che « Illud autem in obscuro est: quo sensu dos constituatur nuptiarum causa: Et vulgo Propter Nuptias accipitur hoc loco quasi Propter Onera Nuptiarum: sed perperam, ut puto; quamvis enim non diffitear solere aliquam in dotis constitutione istorum onerum haberi rationem, nihilominus repensatio onerum respicit non intrinsecam substantiam, sed tantum regularem naturam dotis, *de quo infra*. Res itaque aliter se habet. Dos datur propter nuptias hoc sensu, quod mulier Affectione Nuptiarum illam praestat marito, sicut loquitur Imp. in l. ult. § *si igitur dote* C. *de don. ant. nup.* Affectio nuptiarum ea est, ut mulier liberalitate quadam velit dote donare maritum; sive remunerandi honoris nuptialis gratia (unde dos dicitur Repensatrix Nuptiarum ut ex Capella notavimus) sive quo uxor hac amoris testificatione, ac effectu suum virum studiosius prosequatur .... Vera igitur, atque intrinseca dotis causa est matrimonium, hoc est, ut hucusque declaravimus, affectio nuptialis in dotem tanquam in donationem, ac largitatem exuberans. Ex quo principio fit, ut non aliter dos recte constituatur, quam si marito praebeat aliquam utilitatem: nam donatio inutilis non est donatio arg. l. *in aedibus*. 9 § ult. D. *de donation.* Et dos appellatur emolumentum viri l. *quamvis* 75. D. *de iur. dot.* et l. 3. C. *de dot. prom.* Et pactum doti adiunctum non valet, per quod dos ipsa sterilis efficiatur l. 4 D. *de pac. dotal.* hoc est inutilis marito, sicut inferius explicabitur. Erat altera enunciatio quod dos inspecta sua ordinaria natura, constituitur, et datur

propter onera matrimonii, quamvis respectus istorum onerum sit causa non substantialis, sed naturalis ipsius dotis. Constitui dotem propter onera matrimonij saepissime legitur in jure *ut in l. Iulianus 47* D. *mand. l. si quis 21* D. *de don. int. vir. et ux. l. pro oneribus 20 C. De iur. dot. cum simil.* eaque ratione maritus censetur esse veluti creditor, aut emptor rerum dotalium. *l. ex promissione 19* D. *de obl. et act. l. sicut 8* § *sed si permiserit* D. *quib. mod. pig. vel hypot. solv.* eas nimirum adquirens titulo oneroso; quod confirmat *etiam l. si quis 21* § D. *de don. in vi. et ux. l. unic. C. de impon. lucrat. descript.* Sed tamen, ut dixi, istorum onerum consideratio doti substantialis non est, non solum, quia dos constituitur solius liberalitatis intuitu, *de quo supra;* sed etiam quia dos esse potest, quae non deserviat oneribus praedictis: Ne operam ludere videar illis, qui sequuntur contrariam, et vulgo receptam Doctorum opinionem probationes nonnullas subijciamus. Dos est species donationis, ut jam fuit demonstratum; Ergo pendet a mera dotantis benignitate hoc est non excitata aliquo esterno impulsu onerum nuptialium. Sed et dos est in dominio libero mariti *ut infra dicetur:* non igitur adstringenda est usui onerum subeundorum. Si dos constitueretur propter onera, egre matrimonium sine dote contraheretur; cum soleant onera esse cum matrimonio coniuncta: et tamen constat; fieri posse, ac fieri passim nuptias sine dote. Ad haec si substantialiter dos propter onera daretur, certe dos ipsa haec onera sequeretur et constante, et soluto matrimonio; quod tamen non contingit. Constante matrimonio si maritus vergat ad inopiam, iure veteri dos erat uxori restituenda. *l. si constante 24 in prin. l. serv. 21* D. *de manu.* cum tamen onera remanerent apud maritum, nam quod hoc casu uxor illa snbeat, novissimo iure Iustin. cautum est in *l. ubi adhuc 29 C. de iur. dot.* Similiter si vir sponte sua restituat dotem constante matrimonio etiam absque illa condictione, ut ferat onera (sicut *in l. mutus 73* D. *eod. l. quamvis 20* D. *sol. matr.*

10

l. unic. C. si dos const. mat.) quis non videt dotem minime his oneribus inservire? Soluto matrimonio constat eius onera perdurare; nam et liberi inter onera numerantur l. *si his qui. 56 § ubi* D. *de iur. dot. l. si maritus 47* D. *fam. ercisc.* et tamen dos passim ab illis procul disiungitur: ut si dos profectitia sit, haec enim revertitur ad patrem l. *iure succursum 6,* D. *de iur. dot.* aut etiam sit adventitia; sed ita constituta, ut, soluto matrimonio, ad dotantem rediret *ut in l. Neratius 20 in princ.* D. *de relig. et sumpt. fun. cum simil.* Et omnino comparatum est, ut finitis nuptiis, dos uxori superstiti restituatur, *tot. tit.* D. *et C. sol. mat.* oneribus apud maritum, vel eius haeredem remanentibus. Praeterea dos non habet iustam proportionem cum oneribus; Quandoque datur dos minima quae ne sufficiat quidem ad funus uxoris *ut in d. l. Neratius, § pen.* Quandoque datur maxima, ut si omnia bona in hanc causam tradantur marito. *l. mulier 72* D. *de iur. dot. l. 4 C. eod.* vel iam data dos additamento aliquo augeatur *ut in l. inter 26 § cum inter* D. *de pact. dotal, l. etiam 8 C. de iur. dot.* Arbitror etiam huc trahi posse loca quaedam Auctorum. Ulpianus *in l. 4 in fin. de pact. dotalib.* haec scribit *Et quid dicimus, si pactum tale intervenit, ut maritus fructus in dotem converteret; et mulier se, suosque aleret, tueretur ve, et universa onera sua expediret; quare non dicas, conventionem valere?* pactio ista fit, ne dos deserviat oneribus; cum extra dotem mulier illis se adstrinxerit. Si quis dicat valere hoc pactum quasi partem dotis; idest quasi hoc etiam doti promissum sit, ut mulieri onera imponantur, atque ita fieri, ut hoc etiam casu dos oneribus inserviat; respondebo id gratis proponi: et addam, ideo validam esse conventionem illam, quia non offendit substantiam immutabilem, sed naturam mutabilem dotis. Et saltem quicquid opponatur, hoc inconcussum erit; quod ea, quae ibi nominatim in dotem data sunt, oneribus non destinantur, ut propterea, sicut pars dotis ab illis subducitur; ita et tota dos ab hisdem possit subduci,

cum non minus in parte dotis, quam in tota dote ipsius dotis substantia contineatur. Ad haec si pater dotem promittens paciscatur, ne constante matrimonio dos petatur Ulpianus quidem post D. Severum ita pactum istud interpretatur, quasi dictum esset *Constante matrimonio, et se Vivo* l. cum pater 11 D. eod. *Ne diversa sententia fructum dotis ab oneribus matrimonij separet* (quae ratio videtur primo intuitu innuere dotem oneribus obnoxiam esse) sed tamen apparet adhibitam fuisse praedictam interpretationem, propter coniecturam, sive ut loquitur I. C. contemplationem paternae pietatis; et contrahentium verisimilem voluntatem; ut per contrarium cognoscamus, quod si tale pactum aperte factum esset ea intentione, ut dos peti non posset nisi soluto matrimonio; pactum istud valuisset, ac ideo valuisset; quoniam doti non est substantiale, ut ea deserviat oneribus: unde eius solutio conferri potest in illud tempus, quo nullum est matrimonium, neque onus matrimonij, ut si nulli liberi ex anteactis nuptijs superfuerint. Paulus quoque in *l. quaeris 28* D. *eod* concedit valere pactum doti ante nuptias adiectum ut ex fructibus dotis creditor mulieris dimitteretur: quid hoc habet commune cum oneribus matrimonij? nihil prorsus: Ergo aut tota dos, aut eius pars ita potest constitui, ne oneribus nuptiarum inserviat; eoque onera, non ad substantiam, sed ad naturam duntaxat dotis pertinent: Atque huius observationis ope possumus etiam ad illam respondere, quibus suaderi videtur causam onerum nuptialium doti substantialem esse. Principio enim quod simpliciter traditum legitur dotem his oneribus deservire *in l. Iulianus 47* D. *de don. int. vir et ux. l. pro oneribus* 20 C. *de iur. dot.* ita intelligendum est, ut eis inserviat secundum usum regularem, et naturalem, et aequissimum (id enim fatendum est cum Paulo *in l. dotis 7 in prin* D. *de iur. dot.*) non autem substantialem dotis. Quod similiter traditum est maritum esse instar creditoris, aut emptoris; eiusque causam non lucra-

tivam esse, sed onerosam. *l. ex promissione 19* D. *de obblig. et ac. l. si quis 21* § 1 D. *de don. in vi. et ux. l. unic. C. de impon. lucrat. descript.* ideo scilicet, quia dos illi datur velut in hostimentum, atque repensationem incommodi matrimonialis, ad usum solitum, et naturam ordinariam dotis pariter referendum est; non ad id, quod substantialiter inest doti; quoniam, inspecta substantia maritus neque creditor est, vel quasi creditor, nec emptor dotis; sed donatarius; atque proinde titulus dotis absolute non est onerosus, sed lucrativus quamvis esse possit onerosus per accidens; hoc est si eo animo dos constituatur, ut deserviat oneribus, quomodo regulariter solet constitui, et vero etiam in dubio constituta esse praesumitur. Paulo implicatior est nodus, quem facit Tryphoninus *in l. si pater 76* D. *de iur. dot.* his verbis *Non idem dicendum est in persona mulieris, si mulier mortis suae causa dotem promiserit: quia nisi matrimonij oneribus serviat, dos nulla est.* Sensus est non recte uxorem mortis suae causa promittere dotem; quoniam ea tantum ratione dos constituitur, atque consistit, ut oneribus deserviat nuptiarum; at dos hoc modo promissa non potest obire munus suum, utpote collata in illud tempus; quo nec ulla sunt amplius onera, nec nuptiae. Respondeo Tryphoninum suae decisionis rationem desumpsisse ab usu communi, et regulari dotis, non a substantia dotis: Scilicet promissio praedicta inutilis est, cum sit coniecta in tempus, quo non potest dos fungi officio solito prospiciendi oneribus matrimonialibus: Hic est sensus rationis a Tryphonino traditae; quae ut ego puto neque necessaria est; neque omnino consentanea: Non est necessaria, quoniam illam I. C. deduxit non a necessaria dotis substantia; sed a mutabili eius natura. Non est etiam omnino opportuna; quia, utcumque dos promissa in mortem uxoris, deservire nequeat oneribus constantis matrimonij, nihilominus poterit deservire oneribus soluti matrimonij: durant enim onera etiam post nuptias fi-

nitas ut supra dixi. Quamobrem coeteri Iurisconsulti, et quidem Tryphonino non solum antiquiores, verum etiam sapientiores, dum asseruerunt dotem non recte constitui, aut promitti post distractum matrimonium; aliam, et quidem optimam rationem adhibuisse videntur; hoc est illam, quod eo tempore non sit amplius matrimonium; eoque neque dos incipere possit, quae ipsius matrimonij gratia contrahitur: Ac propterea Paulus post Aristonem, Neratium, et Pomponium scribit contra Iulianum *in l. Iulianus. 20* D. *de iur. dot.* quod licet valeat pactum ne dos a viva muliere exigatur; tamen non valet ista stipulatio *Cum morieris dotis nomine tot dari:* assignatque istam dissimilitudinis causam *Aliud est enim differre exactionem: aliud ab initio in id tempus stipulari; quo matrimonium futurum non sit.* Ait *Quo matrimonium futurum non sit,* non autem *Quo onera futura non sint.* ut minus opportune dixisset Tryphoninus. Illud etiam firmar› videtur contrarium interpretum sententiam, quod ab Ulpiano contra Marcellum fuit disputatum *in l. 4 in prin.* D. *de pac. dotal.* in eo casu, quod dos constituta sit eo pacto, ut fructus in dotem converterentur: in quo ipse concludit ita demum valere id pactum *Si ob hoc ei (marito) maiorem dotem mulier dedit, quia fructus volebat esse dotis contento marito ea pecunia, quae ex usuris redituum colligitur,* et hac ratione movetur *Non enim videtur sterilis esse dos.* id est, ut quidam interpretantur, inutilis ad onera ferenda: quasi pactum dotale tunc tantum infirmum sit, cum dotem reddit inutilem ad onera, ed ideo sit infirmum, quia sit contra substantiam dotis. Verum hoc obiectum nihil obstat; quoniam ideo scribit Ulp. in proposita specie pactum, quo dos non sterilescit, validum esse; quia illud pactum non faciebat ut ea dos marito inutilis redderetur; sed suam doti utilitatem conservabat: Utilitatem vero non intelligo illam per quam vir sublevatur oneribus nuptialibus; sed illam, qua mariti commodo prospicitur non intuitu onerum: sed intuitu

mariti, sive intuitu affectionis nuptialis, secundum ea, quae superius fuerunt a nobis animadversa [77]).

V.

Il *Bechmann* e la sua critica della opinione dominante.

30. A. BECHMANN nel suo pregevole lavoro intorno alla cosidetta *dos tacita* [78]), aveva già dichiarato che per la giuridica costruzione non era adatto il principio che la *dos* fosse un contributo ai pesi del matrimonio: che la *dos* non era l'unica forma, in cui un tale contributo poteva dalla donna essere garantito al marito, non essendo a ciò necessario che ella conchiudesse con costui proprio un negozio giuridico, sia o no *dos*. Una donna infatti che adoperi i frutti delle sue terre o gl'interessi dei suoi capitali a sostenere i pesi del matrimonio, adempie al suo dovere morale di portare ad essi un contributo, ma questo non può essere ammesso come una *dos*. Ed anche quando la donna volesse conchiudere un negozio giuridico col marito per assicurare a costui tale contributo, non v'ha punto bisogno che quel negozio giuridico sia una *dos*, potendo raggiungersi lo stesso scopo con una donazione, con un prestito gratuito, con una società, e così via.

---

77) GALVANUS (op. cit. pag. 245).

78) *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*. vol, 5, pag. 271 a 288.

Qualche anno di poi, lo stesso BECHMANN esordì la sua classica opera sul diritto dotale romano col dichiarare guerra alla opinione dominante del contributo, e col fermo proposito di attaccarla, per quanto gli fosse stato possibile, « dalle radici ».

Egli comincia col riconoscere a questa una certa verità pel nuovo diritto giustinianeo, ma nega recisamente che la si trovi posta a base anche nel diritto classico, e che il sistema del diritto dotale romano sia da concepire e da spiegare su tale fondamento.

Ogni istituto giuridico, osserva il BECHMANN, ripete la sua esistenza da un certo bisogno economico, ed ha un certo scopo economico da raggiungere; onde non sarebbe affatto impossibile che lo scopo economico dell'istituto dotale fosse stato quello di garentire al marito un contributo, che venisse da parte della donna per sostenere i pesi matrimoniali. Ma descrivere la importanza economica e il problema di un istituto giuridico non è nemmeno lontanamente definirne la essenza giuridica; e, quando noi parliamo della funzione economica di un istituto, siamo ben lontani dal dare con ciò un postulato o un criterio per la sua esistenza giuridica: piuttosto tale istituto esiste sì tosto siano nel caso singolo forniti i suoi presupposti giuridici, senz' aversi riguardo al se possa o no compiere una funzione economica. Se noi quindi dicessimo che il significato economico dell' istituto dotale fosse quello di garentire al marito un contributo al sostegno dei pesi matrimoniali, ciò importerebbe che la *dos*, per compiere nel singolo caso la sua funzione economica, dovesse an-

che realmente garentire al marito un tale contributo; una *dos*, che non producesse questo effetto, non avrebbe dal lato economico nessuna importanza. Se per converso definiamo la *dos* dal punto di vista giuridico come contributo al marito per sostenere i pesi matrimoniali, noi notiamo con ciò il *momento*, che in ogni singolo caso deve esistere, perchè esista in generale anche la *dos*. Se la essenza giuridica di questa consistesse realmente nell'offrire un tale contributo, seguirebbe di necessità che un dono, che questo non garentisse, non sarebbe *dos*. E perchè tale definizione fosse giusta, dovrebbe esser provato che, dove nessun contributo si trovi, non esista nessuna *dos*. Ma se risultasse il contrario, sarebbe con ciò data la prova che quella definizione giuridicamente è inesatta. E la prova che in realtà il diritto romano abbia riconosciuta senza contrasto la esistenza di una *dos* anche lì, dove il *momento* del contributo ai pesi matrimoniali mancava, non è, secondo crede il BECHMANN, difficile a fornire.

Ragionando in tal guisa, il BECHMANN raccoglie tutti i luoghi delle fonti che, a suo giudizio, escludono nella *dos* la idea del contributo, e poi tenta di spiegare gli altri, che espressamente l'ammettono.

Le obiezioni, che egli muove contro la opinione dominante, possono riassumersi così:

α) nel diritto classico, e nel diritto posteriore, si riconosce potersi costituire in dote la *nuda proprietas*, e tuttavia la *dos* esiste non nel momento, in cui si consolida l'usufrutto, ma fin da quando vien costituita. Ora è

ben difficile di rispondere alla dimanda, come la *nuda proprietas* debba essere in grado di portare al marito un contributo per sostenere i pesi matrimoniali, non potendolo fornire nemmeno indirettamente.

β) la *dos* può esser costituita anche per una nuda promessa *(promissio, dictio, pollicitatio)*, da cui, secondo il diritto classico, ed in parte ancora secondo il diritto giustinianeo, nasceva un credito infruttifero, quando gl'interessi non fossero stati espressamente pattuiti. Ora dalla *promissio dotis* nessun vantaggio, nemmeno indiretto, era dato al marito, tanto più che questi con un *pactum de non petendo*, che nessun giureconsulto romano ha mai ritenuto contrario alla essenza della *dos*, poteva obbligarsi di non chiedere per un certo tempo, o per tutta la durata del matrimonio, la dote promessa.

γ) il principio di non dovere il marito restituire i frutti della *dos* non si riconduce alla essenza della *dos*, ma ad un postulato dell'*aequitas*, e quindi il lucro dei frutti dotali non si presenta come una conseguenza logicamente necessaria di un dato principio, ma come un dogma di diritto positivo fondato sull'*aequitas*. Ora l'istituto dotale non è già, come tale, ricondotto a considerazioni di equità, ma è presupposto anzi come un istituto esistente, ed è soltanto spiegato come si sia venuto ad un singolo e positivo principio di esso. E questa spiegazione si trova in una decisiva contradizione colla teoria tradizionale. Anche la l. 4 D. de *p. d.* 23, 4 offre contro la esattezza di questa teoria una importante obiezione. Quivi si propone la quistione, se sia valido il patto, onde si stabi-

lisca che il marito debba restituire., assieme colla cosa principale, i frutti che egli ne trasse; e, mentre il patto in controversia avrebbe semplicemente distrutta la essenza della *dos*, MARCELLO afferma soltanto che la donna sarebbe, mediante quel patto, *prope indotata*. Ma se la *dos* è quasi distrutta, deve, malgrado il patto, rimanere sempre tale, e di un'assoluta negazione della sua essenza non si può parlare. Se, infine, la teoria del contributo s'intendesse seriamente, seguirebbe da essa che, dove non fossero pesi, nemmeno di *dos* si dovrebbe parlare. E pure può esservi un matrimonio pienamente valido, che nessun peso produce al marito, quando, per es., la donna o altri per lei, si sia obbligata a provvedere a tutto con mezzi proprii.

δ) il noto frammento di PAOLO «dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit» distrugge la opinione dominante perchè, secondo il senso rispondente al contenuto di esso, la *dos* non può essere un dono, rivolto ad un determinato scopo, limitato nella sua durata; un dono, di cui il frutto debba offrire al marito un contributo per sostenere i pesi matrimoniali; e la obbligazione del marito di restituire la *dos*, dopo lo scioglimento del matrimonio, *causa finita*, non discende dal concetto della medesima, ma si riannoda a motivi, tutt'affatto positivi ed estranei.

31. Contento di avere esposte le ragioni, che rendono insostenibile, secondo lui, la opinione dominante, e il bisogno di ricondurre la teoria della *dos* su di un altro fondamento, il BECHMANN si propone di esaminare quella serie

di luoghi delle fonti che « pongono la *dos* in una certa « relazione agli *onera matrimonii*, e che sembrano perciò « sostenere, anzi provare la dottrina dominante ». Egli ammette che la *dos* esista *pro oneribus* o *propter onera matrimonii*, ma soggiunge che ciò non vuol dire altro se non che la *dos* esista *matrimonii causa*, poichè matrimonio e pesi matrimoniali sono in questo senso concetti identici, e il matrimonio stesso è un peso, secondo la intuizione antica, specialmente romana. Onde quei luoghi delle fonti non valgono ad altro se non a fornire la prova che *matrimonium* e *onera matrimonii* sono una idea sola [79]).

VI.

Confutazione della *critica* del *Bechmann*.

32. Il MANDRY [80]) osservò essere stato appunto il BECHMANN che con piena ragione respinse l'assunto della materiale destinazione della *dos* nel giuridico concetto di

---

[79]) BECHMANN, (*Das Röm. Dotalrecht, Erstel Kapitel —Kritik der herrschenden Ansicht,* pag. 3 a 32). Ci è sembrato opportuno riassumere prima e poi svolgere fedelmente le argomentazioni del BECHMANN, pur dovendo aspettarci il rimprovero, come disse lo SCHILTER, ed ha ripetuto il *Leonhard* a proposito dei libri d'istituzioni, di avere scritta una *Iliade* « *post tot Homeros* ». Ma, senza prospettare tutti gli argomenti del BECHMANN, non ci è paruto possibile nè confutarli direttamente e per esteso nè dimostrare quanto in essi torni nuovo.

[80]) *Das gemein Familiengüterrecht,* vol. I, p. 303, nota 14.

essa, e quindi la confusione della giuridica essenza e della materiale destinazione. Noi invece crediamo che il GALVANO sia stato il precursore di BECHMANN in questo tentativo e che un breve raffronto degli argomenti dell'uno e dell'altro basti a convincere che sono, in gran parte, gli stessi, specie quelli che sono volti a combattere la opinione dominante del contributo.

Ma veniamo ora a confutarli.

Il LEONHARD dice che « il contrapposto dell'economico e del giuridico ha minacciato ultimamente di divenire un fatale motto d'ordine, che si pone dove mancano concetti. Tutte le idee patrimoniali giuridiche hanno un germe economico, e tutte le idee economiche sono giuridiche, sì tosto siano confermate da un principio giuridico » [81]). Noi, pur lasciando da parte questo contrapposto, crediamo che la obiezione del BECHMANN non abbia fondamento. E per fermo, se la *dos* è un aumento del patrimonio del marito, torna evidente che anche la *nuda proprietas*, anche la *promissio* e quindi un credito infruttifero possano esserne l'obbietto. La *nuda proprietas* è sempre essenzialmente legata all'aspettativa di completarsi coll'aggiungersi dell'usufrutto, che è un diritto del tutto transitorio, poichè altrimenti proprietas inutilis esset futura semper abscedente usu fructu [82]). Onde si dice che « cum autem finitus fuerit usus fructus, REVERTITUR scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem [83]) ed ancora: recte dicimus eum

---

[81]) *Zeitschrift* cit. pag. 276.

[82]) l. 56 D. DE USUFRUCTU ET QUEMADM. QUIS UTATUR FRUATUR 7, I.

[83]) § 4. Inst DE USUFRUCTU 2, 4.

fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse. hoc et Iulianus, et est verius [84]).

E qui lo SCHEURL ha bene osservato, che per l'applicabilità di una idea giuridica ad un concreto rapporto basta che questo possa essere ciò che deve, secondo tale idea, non essendo necessario che lo sia effettivamente: pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recte que hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus [85]).

Lo SCHEURL [86]) però sostiene, che nessuno dei testi citati dal BECHMANN [87]) costringe ad accettare che la *dos* sia stata

---

[84]) l. 25 D. DE VERBORUM SIGNIFICATIONE 50, 16.

[85]) l. 195 § 2 D. *eodem*, e SCHEURL (*Kritische* cit. vol. VI, pag. 5 in f.

[86]) l. c. pag. 5.

[87]) I testi citati dal BECHMANN (pag. 9) sono questi:

l. 4 D. DE IURE DOTIUM PAULUS *libro sexto ad Sabinum.*

Si proprietati nudae in dotem datae usus fructus accesserit, incrementum videtur dotis, non alia dos, quemadmodum si quid alluvione accessisset.

17. IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. et CC. Sabiniano. Res, quarum usu fructu sibi deducto socrus in dotem dedit, venumdando auferre tibi nihil potest.

18. Idem. AA. ET CC. MENESTRATO. Si socrus tua fundum deducto usu fructu uxori tuae donavit tibique in dotem uxor quidem proprietatem, socrus autem

costituita solo su di una cosa sottoposta ad usufrutto. Ma ciò non è esatto. Da quelle fonti si raccoglie invece chiaramente che non altro se non la *nuda proprietas* è obbietto della *dos*, la quale esiste appunto sulla *nuda proprietas* e quindi prima che l'usufrutto si estingua. Solo l'aumento del patrimonio del marito, che pure si ottiene con la *nuda proprietas* costituita in dote, vale a spiegare come quella possa esser l'obbietto di questa, e come l'aumento del patrimonio non sia escluso nel caso, in cui la *res dotalis* non produca frutti durante il matrimonio.

E neppure si può esser d'accordo con SCHEURL [88]) quando, discorrendo della *promissio dotis*, sostiene, che il *pactum ne dos a viva muliere exhibeatur* non vuol dire che, durante il matrimonio, non debba darsi la *dos promissa*, ma soltanto che la moglie non possa esser costretta a darla durante sua vita.

33. Entrambe le cose, cioè la *nuda proprietas*, e il credito non ancora scaduto durante il matrimonio, sono obbietto di pegno e di vendita (il credito con deduzione dell'*interusurium*) [89]): per essi può il marito procurarsi dei capitali, e dalle rendite di questi trarre il mantenimento della società coniugale. Ed era questa la risposta della opinione dominante del contributo. Ma il BECHMANN non la ritiene sufficiente, e dice che dove un fondo, con deduzione dell'u-

---

usum fructum dedit, uxore tua rebus humanis in matrimonio exempta fundum apud te remansisse secundum placiti inter vos fidem non ambigitur...

[88]) l. c. pag. 6.

[89]) LEONHARD nella *Zeitschrift* cit. pag. 276.

sufrutto, è costituito in dote (qual'è appunto il caso contemplato dai due luoghi del Codice da lui citati), la possibilità di trarre frutto dall'obbietto dotale solo in questa maniera indiretta è del tutto esclusa, e non potrebbe neppure la cosa ricevuta in dote servir di mezzo per sollevare il credito del marito, perchè manca la facoltà di darla in pegno. E poi, soggiunge il Bechmann, la cosa data come *dos* deve in sè stessa avere la proprietà di garentire quel contributo ai pesi matrimoniali: se si abbandonasse siffatto requisito, la *dos* non sarebbe in fatto nulla di più che un aumento di patrimonio proprio come la donazione; e la giunta « al sostegno dei pesi matrimoniali » non avrebbe allora nessuna importanza giuridica. Come una cosa non fungibile non può essere obbietto di mutuo, quantunque il mutuatario potesse coll'aiuto di essa procurarsi cose fungibili, così una cosa, di cui per ragioni giuridiche non fosse lecito di usare, non potrebbe essere obbietto di *dos*. E pure, conclude il Bechmann, le fonti, senza esitazione, stabiliscono il contrario.

Ed in quanto alla *dos promissa*, al credito infruttifero non giova all'opinione dominante del contributo, continua il Bechmann, che il marito possa, coll'aiuto di quel credito, procurarsi almeno indirettamente, cioè mediante cessione o pignus ecc., tale contributo, poichè in tal modo la *dos* non sarebbe, come dice l'Arndts « un capitale pel godimento del quale venga garentito al marito, per la durata del matrimonio, un contributo permanente al sostegno della casa coniugale », ma un semplice aumento di patrimonio.

È questo appunto, rispondiamo noi, vuolsi ritenere, come fu già detto, che la dote sia: un aumento di patrimonio, non un capitale, il cui godimento porga al marito quel contributo [90]). Or che la *nuda proprietas*, e il credito, anche infruttifero, aumentino il patrimonio, nessuno potrà negarlo [91]).

Ed indarno qui il BECHMANN obbietta, che al marito mancherebbe la facoltà di vendere o di dare in pegno la cosa ricevuta in dote. Imperocchè il divieto dell'alienazione o della ipoteca introdotto dalla *lex Iulia* vale solo pel *fundus dotalis*, ma non si estende alle altre cose dotali, e molto meno al *pignus* del *nomen dotale* [92]).

34. Il BECHMANN dice essere principio indubitato che i

---

[90]) Vedi sopra, pag. 38, nota 43.

[91]) l. 49. D. DE VERBORUM SIGNIFICATIONE 50, 16.... aeque bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur — l. 32 AD LEGEM FALCIDIAM 35, 2.. » nam et si ita stipulatus esset, ut cum moreretur debere ei inciperet, tamen augerentur bona eius, quemadmodum, si ipse sub eadem condicione promisisset, defuncto eo minuerentur ». Ed in quanto alla *nuda proprietas*, al valore e ai diritti, che le spettano, vedi per tutti BRINZ (*Lehrbuch* I, 777)—DERNBURG (*Pandekten*, II § 248, pag. 605). Di qui segue non esservi bisogno di dire, come fa il CENERI (*Lezioni su temi del jus familiae*, pag. 152), che queste sono speciali ipotesi « le quali non tolgono che in linea generale lo scopo della dote sia quello che abbiamo notato (cioè il concorso da parte della donna, o di altri in nome di essa *ad sustinenda matrimonii onera* »).

[92]) GAII, Inst. II, 63; PAUL. SENT. II, 21, 2; pr. INST. QUIBUS ALIENARE LICET VEL NON 2, 8. — l. un § 15 COD. DE REI UXORIAE ACTIONE 5, 13.

frutti della *dos* debbano restare irrevocabilmente al marito, e che non si possa nemmeno per contratto stabilire il contrario; ma il modo, onde i giuristi romani dimostrano tale principio, sembra non potersi conciliare con la opinione dominante. ULPIANO si esprime così;

> l. 7 *libro trigesimo primo ad Sabinum*
> Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit: cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est eum etiam fructus percipere.

Onde il BECHMANN trae la conseguenza che ULPIANO può ben figurarsi una *dos*, nella quale, con oblìo delle esigenze dell'*aequitas*, ma senza pregiudizio della essenza della dote medesima, esista un obbligo di restituzione dei frutti, il cui lucro pel marito è solo ricondotto ad un postulato dell'*aequitas*.

Per rispondere a questa obiezione del BECHMANN, potrebbesi innanzi tutto ricordare altri frammenti dello stesso giureconsulto ULPIANO, in cui egli parla del diritto del marito ai frutti della *dos* senz'attingerne le fonti all'*aequitas*. Essi frammenti sono, tra gli altri;

> l. 10 § 3 D. DE IURE DOT. ULPIANUS *libro trigesimo quarto ad Sabinum*.
> Sed fetus dotalium pecorum ad maritum pertinent, quia fructibus computantur, sic tamen, ut suppleri proprietatem prius oporteat et summissis in locum mortuorum capitum ex adgnatis residuum in fructum maritus habeat, *quia fructus dotis ad eum pertineat.*

> l. 21 § 1 D. DE DONAT. INTER VIRUM ET UXOREM. 24, 1. ULPIANUS *libro trigesimo secundo ad Sabinum*
> Si uxor viro dotem promiserit et dotis usuras, sine

dubio dicendum est peti usuras posse, quia non est ista donatio, cum pro oneribus matrimonii petantur...

Ma, senza entrare nella quistione di sapere se l'*aequitas* sia una fonte del diritto, o in questo si compenetri, come dalla definizione di Celso « *ius est ars boni et aequi* » si raccoglie, noi crediamo che ULPIANO nella legge 7 cit., oltre ad applicare il principio generale « *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem* » [93]), abbia accennato all'*aequitas*, che domina in tutto il rapporto dotale. Lo stesso BECHMANN [94]) riconosce che « il diritto dotale sta sotto la signoria di « due fattori ; da una parte sotto quello del concetto e « delle giuridiche conseguenze, dall' altra sotto quello di « una speciale *aequitas* ». E soggiunge che la *dotalistica aequitas* si manifesta in vantaggio del marito principalmente:

1) nel trattamento dei frutti dotali,
2) nella concessione di termini di pagamento,
3) nel *beneficium competentiae* [95]).

ULPIANO poi rileva quasi sempre l'elemento dell'*aequitas*, quando essa informa gl' istituti [96]).

---

[93]) l. 206 D. DE DIV. REG. IUR. Non pare che l' *aequum* qui si riferisca, come nella l. 53 D. 31, alle parole della formola dell' *actio rei uxoriae*, « *quod melius aequius erit* », poichè ULPIANO non accenna a quell' *actio*.

[94]) RECHMANN (*Das Römische Dotalrecht*, II pag. 380).

[95]) BECHMANN, l. c. pag. 381.

[96]) Cfr. p. es. l. 1 pr. D. DE PECUNIA CONSTITUTA, 18, 5; l. 36 D. DE PECULIO 15, 1; l. 1 pr. DE LEGATIS PRAESTANDIS 37, 5; l. 1 D. DE COLLATIONE BONOMM 37, 6; l. 1 § 1 D. DE CONIUN-

D'altra parte, nota qui acutamente il BRINZ, se non si ammettesse la relazione della *dos* agli *onera matrimonii*,

---

GENDIS CUM EMANCIPATO LIBERIS 37, 8; l. 1 § 1 D. SI IS, QUI TESTAMENTO LIBER ESSE IUSSUS ERIT, ... 47, 4.

Lo SCHEURL (*Krit. Vierteljahrsschrift*, XI, pag. 268 e seg.) osserva spesso che appartiene alla essenza della *dos* che la sua rendita fornisca al marito, durante il matrimonio, un contributo per sostenere i pesi. Lo CZYHLARZ (op. cit. § 68, pag. 236) ricorda la l. 7 pr. DE IURE DOTIUM, e nota che non il concetto della *dos* è qui invocato, ma solo il principio dell'*aequitas*, che costituisce la regola suprema dell'*actio rei uxoriae*, e che qui si fonda sul ricordo degli *onera matrimonii*. Gli *onera matrimonii*, continua lo CZYHLARZ, hanno però qui un altro significato che nel concetto della *dos:* lì noi abbiamo imparato a riconoscerli come la *causa dotis*, sicchè tra essi e la *dos* esiste un' astratta connessione; qui per contrario vengono in considerazione solo come un momento di equità, dovendo, per causa di tali *onera*, sembrare iniquo il pretendere dal marito anche la restituzione dei frutti. Il che non si sarebbe potuto conciliare coi principî dell'*aequius melius*, e neppure stabilire con patto speciale. La pretesa del marito su di essi dovette rappresentarsi come dotale giuridica: essa non influisce sul contenuto della obbligazione dotale, ma, per l'opposto, come riverbero dei principii fondamentali, che valgono per questa obbligazione. Il marito non dee restituire i frutti, perchè vi ha diritto, ma, per contrario, appunto perchè non dee restituirli, si può parlare di un diritto del marito su tali frutti. (CZYHLARZ, op. cit. pag. 237). Il PETRAZYCKI (*Die Furchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten, Berlin 1892*, pag. 5) osserva, che l'acquisto dei frutti da parte del marito non vuolsi spiegare con la essenza della *dos*, per cui il frutto di essa debba servire agli *onera matrimonii* (gli *onera matrimonii*, secondo il PETRA-

sarebbe difficile spiegare perchè almeno i frutti di essa dovessero restare al marito. «Se la *dos* fu una volta, come « BECHMANN crede, ma noi dubitiamo, puro bene del ma- « rito, allora era essa, per quanto sembra, in tutta la sua « estensione contributo ai pesi del matrimonio; ciò allora « s' intese da sè medesimo. Ma se essa fosse, soltanto più « tardi, o parimenti da principio, ciò che è sicuro nel « tempo storico: *res uxoria*, bene della moglie: si domanda « se essa debba essere puro bene della moglie. Se anzi « poteva il marito, pel tempo del matrimonio, essere, sia « pure, o rimanere proprietario in romano stile, doveva « egli una volta restituire la *dos* insieme coi frutti; era « soltanto fiduciario, depositario nel tempo intermedio, e « nulla aveva della *dos* per gli *onera matrimonii*. Se « dunque BECHMANN dice che la *dos* cogli *onera matri-* « *monii* non ha niente da fare, egli afferma che essa, « nella sua seconda pretesa fase di svolgimento, era solo « bene della moglie, e materialmente non apparteneva al « marito neppure pel frutto. Ma egli non vuole e non può « ciò affermare. Che il *fructus dotis* rimanga al marito,

---

ZYCKI, sono soltanto la causa economica, non la causa giuridica formale della *dos*), ma col principio dell'*acquius melius*, che spiega pare la maggior parte dei principii introdotti coll'*actio rei uxoriae*. Il PETRAZYCKI però taccia di *petitio principii* lo CZYHLARZ, il quale trae il motivo dell' *aequitas* dagli *onera*, dicendo che il marito ha il diritto ai frutti, perchè, secondo i principii dell'equità, non dee restituirli, e non dee restituirli, perchè egli, durante il matrimonio, era autorizzato a consumarli incondizionatamente. (Cfr. PETRAZYCKI, l. cit. pag. 6, nota 1).

« è incontrastabile: vuole anzi il BECHMANN che a lui un
« tempo sia rimasto tutto. Secondo il suo proprio svolgi-
« mento al marito è rimasto almeno il *fructus*; ma ciò è
« identico con ciò che la *dos* sia stata, e, malgrado tutti
« i mutamenti, sia rimasta un contributo ai pesi del matri-
« monio. Ciò enunciano, e devono enunciare le fonti; poi-
« chè altrimenti il marito *in rei uxoriae* e *ex stipulatu*
« *actione* avrebbe dovuto restituire i *fructus dotis*, ciò che
« qua e là non era il caso » [97]).

36. Come la l. 7 D. DE IURE DOTIUM non soccorre la opinione del BECHMANN, così nessun argomento potrebbe trarsi per questa dalla l. 4 D. DE PACTIS DOTALIBUS dello stesso giureconsulto ULPIANO, che si esprime così:

> Si convenerit, *ut fructus in dotem converteretur*, an valeat conventio? Et Marcellus ait libro octavo digestorum conventionem non valere: *prope enim indotatam mulierem hoc pacto fieri*. Sed ita distinguit, ut, si quidem fundum in dotem dederit mulier ita, ut maritus fructus redderet, non esse ratum pactum: idemque esse et si usum fructum in dotem hoc pacto dedit. quod si convenisset de fructibus reddendis, hoc est, ut in dote essent fructus quosquos percepisset, et fundus vel usus fructus in hoc traditus est, non ut fundus vel fructus fieret dotalis, sed ut fructus perciperet dotis futuros, cogendum de dote actione fructus reddere. Erunt igitur in dote fructus, et fruetur iste usuris, quae ex fructibus collectis et in sortem redactis percipi possunt. ego utrubique arbitror interesse, qua contemplatione dos sit data, ut si ob hoc

[97]) BRINZ (*Lehrbuch der Pandekten*, 2ª ediz. vol. 3, pag. 691 e 692).

ei maiorem dotem mulier dedit, quia fructus volebat esse dotis, contento marito ea pecunia quae ex usuris redituum colligitur, posse dici conventionem valere: nec enim videtur sterilis esse dos. finge quadragena annua esse reditus apud eum, qui non acciperet in dotem, nisi hoc convenisset, plus trecentum: uti boni consuleret, tam uberem dotem consecutus. et quid dicimus, si pactum tale intervenit, ut maritus fructus in dotem converteret et mulier se suosque aleret tueretur ve et universa onera sua expediret? quare non dicas conventionem valere?

MARCELLO, di cui ULPIANO riferisce la opinione, distingue due casi. Il primo, in cui la donna dia al marito un fondo in dote, e pattuisca che ne restituisca i frutti, e questi debbano essere una parte della *dos*. Un tale patto MARCELLO dichiara nullo, perchè il marito non avrebbe nessuna utilità della dote (proprie enim indotatam mulierem hoc pacto fieri). Il che vale pure quando si fosse costituito in dote un usufrutto sotto la stessa condizione. Segue poi il secondo caso, quando venisse stabilito che non il *fundus* o l'*usus fructus* dovesse essere *dos*, ma questa consistere soltanto nei frutti, che il marito raccoglierebbe. Questo patto MARCELLO dichiara valido, perchè la *dos* non sarebbe sterile al marito, dovendo il valore dei frutti convertirsi in capitale, ed il marito goderne gl'interessi. ULPIANO per contro ritiene anche in quel primo caso non assolutamente nullo il patto, e crede che in entrambi i casi (utrubique) tutto dipenda dalla intenzione, onde la dote fu data. Se la donna avesse costituita una *dos* tanto più grande, perchè essa voleva che i frutti l'aumentassero, affinchè il marito cogl'interessi di questi frutti, fatti capitale, avesse

potuto pienamente sostenere i pesi del matrimonio, p. es.: gl' interessi ammontano a 400 all' all'anno, mentre invece il marito, se quel patto non si fosse stabilito, avrebbe ricevuta una *dos*, che al più renderebbe 300. O se si supponga che la donna assuma su di sè i pesi del matrimonio pei frutti a lei lasciati, perchè in questi casi il contratto non doveva valere? [98])

37. Il BECHMANN, come abbiamo già notato [99]), crede che la riferita l. 4 D. DE PACT. DOTAL. offra una grave obiezione contro la teoria dominante del contributo. Sembra strano, egli dice, che ULPIANO, nella quistione di sapere se fosse valido il patto di dovere il marito restituire i frutti della *dos* assieme con questa, abbia creduto necessario, per la risposta negativa, che s' intende da sè stessa, di citare l' autorità di MARCELLO; e perfino la ragione, sulla quale questo giurista, di accordo con ULPIANO, fonda la sua decisione, è del tutto inesplicabile per colui, che nella *dos* altro non ravvisi che quel contributo. Onde al BECHMANN pare sufficiente di conchiudere che, secondo la chiara locuzione della l. 4 cit., la *dos* debba avere anche un' altra funzione che quella, che di solito le viene esclusivamente attribuita, e che quando con la glossa si voglia spiegare la nullità del patto in controversia col principio « *quia dos nisi oneribus matrimonii serviat nulla est* » la parola *dos* è messa semplicemente da parte.

Ed in altro luogo il BECHMANN, esaminando la stessa

---

[98]) GLÜCK (*Ausführliche Erläuterung der Pandekten,* vol. 25, pag. 354 a 357).

[99]) BECHMANN (op. cit., I. 14).

l. 4, dice che la opinione del giurista MARCELLO non è che quel patto ripugni assolutamente alla essenza della *dos,* e quindi sia necessariamente nullo. Egli invece dice che la donna rimarrebbe *prope indotata,* e quindi lascia ancora sussistere, oltre a ciò, qualche altra efficacia della *dos*: il che sembra tanto più naturale, in quanto è del tutto fortuito se la *dos* produca frutti o no. Ma il patto, soggiunge il BECHMANN, ripugna manifestamente all'*aequitas* che domina nel rapporto dotale, ed importa all'interesse di entrambe le parti che al patto medesimo venga negata la forza obbligatoria. L'interesse del marito è chiaro di per sè stesso, e però MARCELLO accentua a preferenza quello della moglie. Costei, mantenendosi il patto, sarebbe stata *prope indotata*, cioè priva ad un dipresso di quei reali vantaggi, che la *dos* le concedeva. Sono dunque innanzi tutto ragioni di opportunità quelle, onde MARCELLO ed ULPIANO si lasciano decidere a dichiarare inefficace un patto somigliante. Di qui segue che il principio stesso non è senza eccezione [100]).

---

[100]) BECHMANN (op. cit. II, 188 a 190). Anche il FRANCKE (*Ueber Rückzahlung der Dos während der Ehe*, *Archiv. für die Civilistische Praxis,* vol. 17, pag. 469 e 470), ricordando la giurisprudenza dei giuristi romani, che attingeva le sue decisioni alla individualità dei singoli rapporti, ritiene aver essa dichiarato nullo tale patto, quando la *dos* fosse stata effettivamente trasferita al marito, e si fosse contemporaneamente stabilito che questo non dovesse lucrarne i frutti. Pel trasferimento della *dos*, dice il FRANCKE, il marito diventa proprietario di essa e, necessariamente, anche dei frutti; e poichè questi, in conseguenza del concetto

Ma il BECHMANN nella interpetrazione della l. 4 cit. è, come altrove, dominato dal suo preconcetto di distruggere la teoria del contributo, dominante nella *dos*. Le parole di MARCELLO, riferite da ULPIANO, (prope enim indotatam mulierem hoc pacto fieri) non sembrano avere altro significato, se non questo: il patto di doversi convertire i frutti in dote non è valido, perché per esso la donna sarebbe quasi senza dote, ne avrebbe una, sola di nome. Il *prope* viene qui adoperato nel senso di *quasi, a un di*

---

della *dos*, hanno la destinazione di sostenere i pesi del matrimonio, potè esser ritenuto per inammissibile e contraddittorio che, essendo il marito proprietario della *dos* e dei frutti dotali, la moglie dovesse in pari tempo avere un'azione per la restituzione di questi frutti. Tuttavia ULPIANO dichiara anche qui che dipende dal sapere con quale intenzione, ed in quale rapporto ciò siasi pattuito.

Crediamo poi utile qui rilevare come la citata l. 4 D. DE PACT. DOTAL. sia riassunta nei Basilici (XXIX, 5, ed. *Heimbach* I, 468):

« Εἴτε ἀγρός, εἴτε χρῆσις ἐν προικὶ δοθῇ, καλῶς συμφωνεῖται, τοὺς καρποὺς εἶναι προικιμαίους, καὶ μόνους τοὺς τόκους αὐτῶν τὸν ἄνδρα καρπίζεσθαι· ὥσπερ ἡνίκα μὴ τὸν ἀγρόν ἢ τὴν χρῆσιν ἐπιδῷ ἡ γυνὴ ἐν προικί, ἀλλὰ τοὺς καρποὺς τοῦδε τοῦ ἀγροῦ. ἐρρωμένως γὰρ συμφωνοῦσιν, ὥστε τὸν ἄνδρα τοὺς καρποὺς τῆς προικὸς ἑνῶσαι τῇ προικί, καὶ τὴν γυναῖκα ἑαυτὴν καὶ τοὺς αὐτῆς τρέφειν, καὶ τὰ λοιπὰ ἑαυτῆς βάρη ὑπέχειν ».

« Sive fundus, sive ususfructus in dotem datus sit, recte pactum fit, ut fructus dotales sint, et ut usuris tantum eorum maritus fruatur: sicut cum non fundum aut usumfructum mulier in dotem dedit, sed fructus huiusce fundi. Valide enim paciscuntur, ut maritus fructus dotis doti iungat, et mulier se suosque alat, et reliqua sua onera sustineat ».

presso, come in altri luoghi delle fonti [101]). La *dos* infatti era stata costituita, ma col patto (si convenerit) « *ut fructus in dotem converterentur* »; e il giureconsulto MARCELLO, che esaminava quel patto, non poteva dire che non vi fosse la dote, ma questa doveva sembrargli del tutto apparente, come se in realtà non esistesse, appunto perchè appartiene alla essenza della *dos*, che la rendita di essa debba, durante il matrimonio, fornire al marito un contributo agli *onera.* Che se poi la glossa spiega l'*indotatam mulierem* col principio « *quia nisi matrimonii oneribus serviat dos nulla est* », e mette la parola *prope* da parte, ciò potrebbe essere un errore della glossa, ma non varrebbe a sostenere la opinione del BECHMANN.

38. D'altro canto, come lo SCHEURL ha osservato, le ragioni di opportunità, da cui MARCELLO ed ULPIANO sarebbero stati spinti a dichiarare inefficace quel patto, sembrano scaturire dal principio fondamentale che il frutto della *dos* appartiene al marito durante il matrimonio. I frutti di una cosa, trasferita come *dos* al marito, potrebbero essere restituiti,perchè essi propriamente debbono essere *dos*, cioè quello, di cui la rendita deve sostenere (almeno in parte) gli *onera matrimonii:* il che, come ULPIANO osserva contro MARCELLO, non ha per necessario presupposto che non la cosa determinata, ma solo i frutti di essa siano dati in dote; bene invece si concilia con ciò, che la cosa realmente data in dote garentisca una così abbondante rendita da potersi avere la intenzione a che solo l'interesse della somma capitalizzata debba valere

[101]) P. es. nella l. 68 D. DE FURTIS 47, 2.

come frutto della *dos* da spendersi per gli *onera matrimonii.* E potrebbero inoltre i frutti della *dos* aggiungersi al capitale di essa, quando, come si è notato, il marito non ne avesse bisogno per alleviamento dei pesi matrimoniali, perchè la donna si è obbligata di assumere tutte le spese del mantenimento di sè stessa, e dei suoi domestici [102]). Quando un marito si mettesse coi suoi a pensione con un oste, e pei frutti dotali, non si potrebbe dubitare, dice il LEONHARD, che qui la *dos* servisse ai pesi matrimoniali. Or non altro avviene quando la moglie stessa assume la parte di oste [103]).

Il patto dunque « ut fructus in dotem converterentur » non nuoce in questi casi allo scopo essenziale della *dos*, e però sarebbe stato, non soltanto inopportuno, ma irrazionale dichiararlo nullo.

Di qui segue che la l. 4 D. DE PACT. DOT. non porge alcun argomento per sostenere la opinione del BECHMANN.

39. Ma, dice il BECHMANN, vuolsi ancora osservare, che se quella teoria del contributo s'intenda seriamente, la conseguenza necessaria, che da essa deriva, è che, dove non siano pesi matrimoniali da sopportare, nemmeno di una *dos* si possa parlare. E questa conseguenza sembra essere stata riconosciuta, mentre la possibilità della *dos* dipende dall'esistenza di un matrimonio valido, ed in un noto frammento è espressamente dichiarato il principio « *nisi matrimonii oneribus serviat dos nulla est* » [104]).

---

[102]) SCHEURL (*Krit*, cit. XI, p. 269).
[103]) *Zeitschrf. der Savigny-St.* vol. 14, p. 276.
[104]) BECHMANN (op. cit. pag. 15 e 16).

La teoria dei tre presupposti, che AZONE richiese perchè il marito avesse diritto ai frutti dotati, cioè:

1) la esistenza di un matrimonio valido,
2) i pesi, che in conseguenza di esso si accrescono al marito,
3) la tradizione dell'obbietto dotale.

fu a ragione abbandonata dai moderni interpreti, come qui il BECHMANN osserva assai bene [105]. Nessun luogo delle fonti accenna al secondo presupposto: il diritto del marito ai frutti dotali è del tutto indipendente dalla esistenza reale dei pesi del matrimonio. Il che è così vero che, quando non vi fossero pesi da sopportare, ULPIANO, come si è veduto, ritenne valido il patto « ut fructus in dotem converterentur » contro la opinione di MARCELLO. Dunque se tale patto non si fosse stabilito, i frutti della dote sarebbero appartenuti al marito, malgrado che gli *onera matrimonii* non esistessero.

Ma, se tutto ciò è esatto, torna fallace la conseguenza del BECHMANN che non dovesse esistere la *dos* dove non fossero gli *onera*. Può infatti avvenire che il matrimonio non porti pesi al marito, perchè la moglie, o altri per lei, si sia obbligata di provvedere al sostentamento della famiglia. Vuol dire allora che gli *onera* non si sentono

---

[105]) BECHMANN, ibidem, pag. 21 e 22. — La glossa dice: « Illud autem generaliter est not. secundum AZO. quod tria exiguntur, ut maritus lucretur fructus, scilicet, quod contractum sit matrimonium, et tradita sit possessio, vel res, et quod quis sustinuerit onera matrimonii... » Ad. l. 7 D. pr. DE IURE DOTIUM.

di fatto dal marito, finchè la donna adempia all'assunta obbligazione di sopportarli. Che se ella venisse meno, se altri, che avesse promesso di soddisfarli, si rifiutasse, gli *onera* sarebbero addossati al marito, il quale non vi si potrebbe sottrarre, essendo impossibile di stabilire, anche con un patto speciale, che siffatti *onera* non dovessero mai colpire giuridicamente il marito [106]).

40. Una grave obiezione contro la teoria dominante del contributo trae il BECHMANN dalla nota l. D. DE JURE DOTIUM, che suona così:

> PAULLUS *libro XXIV ad Sabinum.*
> Dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit.

Il BECHMANN osserva che questa legge è stata dagl'interpetri di tutti i tempi molto superficialmente esaminata: di solito si rimase contenti di dire che *perpetuo* equivalesse a *durata* del *matrimonio*; che nella conclusione non si contenesse altro se non la volontà del costituente che la *dos* restasse al marito fino alla costui morte, e che questa soltanto, non già il divorzio, sciogliesse il matrimonio.

Ma, soggiunge il BECHMANN, quando, in relazione a rapporti di diritto, si parla di un *perpetuum*, non si dee pensare alla eternità in senso metafisico o teologico, poichè tutti i rapporti di diritto sono anzi di loro natura limitati e fugaci. La eternità per gli esseri limitati va intesa così, che la loro fine non si possa pel momento prevedere, e che essi non siano fin da principio ristretti ad una du-

---

106) CZYKLARZ (op. cit., pag. 21 e 22).

rata fissa. In questo senso è perpetua la proprietà, quantunque avesse un limite naturale nella esistenza fisica della cosa; non è perpetua la *societas*, perchè si estingue alla morte dell' ultimo socio, e però fin da principio si può segnare il punto di tempo, oltre il quale non può più durare. Se dunque la *dos* è un dono, che solamente durante il matrimonio può raggiungere il suo scopo, e dopo, questo venuto meno, dev' essere restituita, non può davvero esistere il menomo dubbio che essa non appartenga a quegl' istituti, pei quali si può usare il predicato *perpetuum:* la sua fine è anzi fissata da principio per un avvenimento, che non può mancare, ed essa stessa è un istituto, secondo la sua giuridica natura, limitato nel tempo.

Ciò intese bene la teoria dominante, e per tale ragione limitò il *perpetuum* colla clausola tacita « *durante matrimonio* » mentre, continua il Bechmann, queste parole non si trovano nel testo, in cui Paolo parla semplicemente di *perpetuum*, e poi ancora una volta di *semper*. Il testo non ha nessun legame con quelli che lo seguono: è l' espressione di un principio generale, e vuol essere inteso letteralmente: ogni restrittiva interpetrazione si fonda su di una *petitio principii*. Nè si può inflevolirne la importanza, osservando che quel luogo, secondo la iscrizione, sia tolto da una parte del comentario di Paolo ad *Sabinum*, in cui si discorreva della proprietà, poichè con cio non si guadagna proprio nulla. Paolo, anche in questa connessione, poteva porre un principio generale relativo alla *dos*, ed in ogni caso i compilatori lo hanno in quel luogo riconosciuto come tale.

E quì il BECHMANN combatte la interpretrazione delle parole *perpetua causa dotis*, che si trova nel NOODT, nel GLÜCK, e nell' HASSE, e conclude così :

« Così come suona il frammento, non può avere altro « significato che questo: la *dos* è per sempre nel patri- « monio del marito, la *causa dotis* non è una *causa* li- « mitata nel tempo, ma è una *causa perpetua:* ciò che « il marito ha ricevuto lo serba per sempre, come ciò che « egli ha acquistato *donationis* o *solvendi causa* ». Ma se questo è il senso naturale, che solo risponde alla parola, la teoria dominante, dice il BECHMANN, è distrutta. Imperocchè la *dos* non può essere un dono rivolto ad un determinato scopo, limitato nella sua durata, di cui la rendita debba offrire al marito un contributo ai pesi del matrimonio; e la obbligazione del marito di restituirla dopo lo scioglimento di quello — *causa finita* — non è una conseguenza da ricondurre alla idea della *dos*, fondandosi piuttosto quell' obbligo di restituzione su positive ed estranee ragioni [107]).

41. È innegabile il merito del BECHMANN, già notato dallo CZYHLARZ [108]), di aver riconosciuta la importanza pel diritto dotale romano del principio « *dotis causa perpetua est* »: è giusta la interpetrazione datagli dal BECHMANN stesso, ma non è esatta la conclusione che, se è vero dovere il marito ritenere sempre la *dos*, la teoria dominante del contributo venga distrutta. Solo quella parte di essa, in cui nella costituzione della *dos* si ravvisa un contratto reale, come

---

[107]) *Das röm Dotalr.*, pag. 20 in f. e seg.

[108]) *Das röm. Dotalr.*, pag. 20 in f.

il mutuo e il comodato, verrebbe distrutta dal principio *dotis causa perpetua est:* quella parte, che non è una conseguenza necessaria della definizione della *dos* come contributo agli *onera* [109]). D'altro canto non si può dire che solo perchè il matrimonio è la causa degli *onera*, questi abbiano per condizione necessaria della loro durata la permanenza continua di quello. Gli *onera* non vengon meno, quando il matrimonio è sciolto, poichè, come abbiamo già veduto, il mantenimento della moglie non è l'unico *onus matrimonii* [110]). Sono rarissimi i casi, in cui la fine del matrimonio faccia subito venir meno al marito l'aumento dei bisogni della sua casa, che il principio del matrimonio stesso produsse: quasi sempre la economia della casa, a matrimonio sciolto, resta la medesima, ed il vedovo o divorziato non può essere di nuovo ricondotto allo stato antico [111]).

42. Ma torna anche più importante rilevare quì che SABINO trattava della *dotis causa* come idonea a trasferire la proprietà, come causa di tradizione e di usucapione [112]).

---

[109]) SCHEURL (*Kritische Vierteljahrss.* VI, pag. 6 e 7; XI, pag. 115).

[110]) Vedi sopra pag. 8.

[111]) SCHEURL, ibidem.

[112]) In ordine alla *dos*, come causa di trasferimento di proprietà, l'UNTERHOLZNER (*Schuldverhältnisse,* II, pag. 418, e nota 6) aveva già osservato che originariamente il diritto di restituzione della *dos* fondava una pretesa tutta personale, non essendo rivocabile il trasferimento di una cosa in *dos:* a ciò l'UNTERHOLZNER riannoda la l. 1 D. DE IURE DOTIUM, e soggiunge che se le cose trasferite in proprietà potessero ri-

Lo stesso BECHMANN prevede questa obiezione, ma non

---

vendicarsi coll'azione di proprietà, al marito apparterrebbe un *dominium revocabile* sulla *dos*. Ma, più chiaramente, il PELLAT (*Textes sur la dot*, pag. 52 a 53) ». Questo testo è tratto da un luogo, in cui PAOLO si occupava della *iusta causa* richiesta perchè la tradizione trasferisse la proprietà, o conducesse alla usucapione. Per produrre questo effetto la causa dev'essere *perpetua*, com'è la vendita, e non *temporalis*, com'è la locazione. Colui, che consegna una cosa al fidanzato o al marito, per costituirla in dote, la consegna per una causa perpetua, o per una causa temporanea? Si potrebbe credere che fosse per una causa temporanea, poichè essa vien consegnata per sostenere i pesi del matrimonio, ed è, allo scioglimento di questo, ordinariamente restituita dal marito. Ma PAOLO risponde che qui vi ha una causa *perpetua*, perchè questa perpetuità è nel voto del costituente: si può aggiungere che infatti la dote resta sovente al marito in perpetuità, poichè egli non è tenuto che eventualmente a restituirla. Nulla dunque si oppone a che egli divenga proprietario delle cose date in dote, qualità perfettamente conciliabile con quella di debitore di queste cose, sopra tutto di debitore eventuale. Ciò che mostra essere questo il senso di tale testo è che nel libro XIV, da cui è tratto, PAOLO discorreva dell'acquisto della proprietà (vedi l'*inscriptio* della l. 24 e della l. 26 D. DE ADQ. RER. DOM.), e che nel libro seguente egli trattava del possesso e della usucapione (vedi l'*inscriptio* della l. 30, 32 DE ADQ. POSS. e della l. 4 D. PRO DERELICTO) ». Cfr. pure LENEL (*Palingenesia*, I, pag. 1288), che nel XIV dei libri di PAOLO ad *Sabinum, de adquirendo rerum dominio*, riporta al n. 1867 la l. 1 D. DE IURE DOT., e fa seguire il libro XV, *de possessione et usucapione*. Cfr. inoltre LENEL (*Das Sabinussystem* pag. 64). « Contro il VOIGT, (lex *Maenia* 32 e seg. 58, 84), che vorrebbe limitare il contenuto del paremia » *dotis causa perpetua est* al solo caso dello scioglimento del matrimonio per morte

ne trae la necessaria conseguenza, e si limita a dire che PAOLO poteva anche in tale connessione porre un principio generale in riguardo alla *dos*, e che in ogni caso i compilatori come tale lo hanno riconosciuto nel citato frammento. Ma se PAOLO avesse parlato, come sembra certo, della *causa dotis* quale causa di trasferimento di proprietà, la connessione, di cui discorre BECHMANN, non

---

di uno dei coniugi, mentre la espressione di PAOLO non si riferisce all'una o all'altra specie di *dos*, ma alla *dos* in generale, vedi CZYHLARZ (*das röm Dotalr*, pag. 22, nota 7a). Lo stesso CZYHLARZ dimostra pure che questo perpetuo carattere della *dos* non può riguardarsi come puro prodotto della volontà delle parti, ma è fondato sull'obbiettivo rapporto, sulla natura della *causa dotis*. Il che, soggiunge lo CZEHLARZ, è quì da rilevare, potendosi questo primo significato attribuire alla proposizione « *et cum voto* » etc., mentre il giurista pone innanzi tutto, ed assolutamente, la *dos* come *causa perpetua*, e fa, per *soprappiù*, questo principio, in sè fermo, anche *plausibile*, accennando in pari tempo alla volontà delle parti, che esiste nella dotazione. Ai tempi di PAOLO lo svolgimento dell'azione dotale era da lunga pezza compiuto, ed il giurista, dichiarando la *dos* come *causa perpetua*, non può negare che essa di solito dev'essere restituita allo scioglimento del matrimonio; e però trova necessario di dedurre almeno praticamente dalla intenzione delle parti il carattere perpetuo del dono, ed indicando ad un tempo che l'obbligo di restituzione non vuol considerarsi come una conseguenza di esso, ma soltanto come il prodotto di estranei rapporti (*ibidem*, pag. 21 a 23). Sulla l. 1 D. DE IURE DOT. cfr. intanto Huschke (GAIUS *Beiträge*, Leipzig, 1855, pag. 229, nota 83), BRINI, (Matrimonio e Divorzio, I, pag. 75 a 78); Karlowa (*röm. Rechtgesch.* vol. 2° pag. 193 e 194), Brinz (*Lehrbuch der Pandekten*, vol. 3 pag. 718).

importa nulla, anzi diventa naturale, perchè nella teoria della *dos* si doveva studiare la *causa dotis*, e gli effetti che produceva. Il che spiega pure come quell' eurema « *dotis causa perpetua est* » sia stato posto in fronte al titolo « *de iure dotium* ».

43. Dopo avere il BECHMANN compiuta, diremmo quasi, la parte negativa della sua dimostrazione, che la *dos* non è un contributo agli *onera*, tenta, come abbiamo già notato, di spiegare il linguaggio delle fonti, che quella pongono in rapporto con questi. Il BECHMANN premette la seguente osservazione generale [113]):

A nessuno è venuto in mente di contestare che la *dos* è pel matrimonio *(um der Ehe willen)*, o, per dirla più precisamente, per ragione dei pesi *(um der Lasten willen)*, che il matrimonio suole in generale produrre al marito, ed in cui non vuolsi neppure pensare solamente ed esclusivamente a pesi pecuniarî.

Tali pesi di regola esistono e si sentivano in antico in una misura affatto diversa da noi, che, lode a Dio, possediamo del matrimonio una idea più alta di quella che, malgrado tutte le belle e quasi cristiane definizioni, i romani abbiano avuta. All' antichità e specialmente ai romani sembrava equo, opportuno e conveniente alla propria dignità della donna che costei non andasse a nozze a mani vuote, ma portasse al marito un contributo per questi pesi, al matrimonio connessi. Tutto ciò è pienamente ginsto ed incontestabile, ed in questo senso si può dire con pienissimo diritto che la *dos* esi-

---

[113]) BECHMANN, pag. 23.

ste *pro oneribus* o *propter onera matrimonii.* Ciò però non altro importa se non che la *dos* esista *matrimonii causa,* poichè matrimoni e pesi matrimoniali sono in questo senso concetti identici: (il matrimonio stesso è un peso, *secondo la intuizione antica, specialmente romana)* [114]): dov' è matrimonio, lì sono pesi matrimoniali, e, se noi diciamo la *dos* esiste per causa del matrimonio o essa esiste per cagion dei pesi matrimoniali, ciò è tutt' uno. Ma, in cambio di tener fermo a questo principio, e di riannodarvi la conseguenza, semplice e conforme alle fonti, che la *dos* non sia da concepire senza il matrimonio, si è accolta una diversa, molto stretta e concreta relazione della *dos* cogli *onera;* di quell' unico si son fatti due presupposti: matrimonio e pesi matrimoniali si sono compresi come due diversi momenti, come se in ogni singolo caso gli economici pesi matrimoniali dovessero essere bilanciati colle utilità della *dos* [115]).

44. Noi qui non potremmo pel Bechmann ripetere il giudizio, abbastanza severo, di Ihering [116]), che una concezione moralmente bassa del matrimonio romano è impossibile, e che tutte le frasi di rozzezza, di difetto del momento dell' amore, e simili, attestano solo la ignoranza completa del popolo e della vita romana. Noi diremo soltanto che il concetto del matrimonio romano non avrebbe potuto essere più alto, nè meglio rispondere alle note de-

[114]) ibidem, pag. 23, nota 2.

[115]) ibidem, pag. 23.

[116]) Ihering (*Geist des römischen Rechts, zweiter Theil I. Abtheilung, 5ª Auflage,* § 32, pag. 210).

finizioni, che le fonti ne porgono [117]), e che a taluno poco

---

[117]) l. 1 D. DE RITU NUPTIARUM 23, 2, Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.— § 1 Inst. DE PATRIA POTESTATE 1, 9. Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens.—l. 4 *Cod. de crimine expilatae hereditatis*, 9, 32. Imp. GORDIANUS A. Basso. Adversus uxorem, quae socia rei humanae ac divinae domus suscipitur mariti diem suum functi successores expilatae hereditatis crimen intendere non possunt.—Sulle definizioni del matrimonio di MODESTINO e di GIUSTINIANO cfr. GLÜCK (*Ausführliche Erläuterung*, vol. 23, pag. 118 e seg. e traduz. italiana 140 e seg.). Il VOIGT (*Die Lex Maenia*, pag. 82, nota 131, e *Ius naturale* II, pag. 850, nota 938) osserva che tali definizioni, che accentuano l'elemento etico del matrimonio, sono del tutto non romane, e pure traduzioni di corrispondenti sentenze di filosofi greci. Cfr. BRINI (*Matrimonio e Divorzio* I, pag.34 e seg.). Il HRUZA (*Beiträge zur Geschichte des Griechischen und Römischen Familienrechtes*, I, pag. 124 e 125) rileva invece che « la *individua vitae consuetudo*, il *consortium* « *omnis vitae* dei romani, come il più alto contenuto della « moderna concezione del matrimonio, difficilmente avrebbero « incontrato favore negli ampii strati del popolo greco. Che « *Senofonte* od *Aristotele*, e dopo loro moralisti, come *Plu-* « *tarco* e *Musonius*, la κοινωνία παντὸς τοῦ βίου rappresentino « come caratteristico del matrimonio, è una prova pel loro « ideale, ma non è prova pei loro contemporanei ». Il HRUZA (l. c. II, pag. 7 a 10) sottopone poi la definizione del matrimonio di MODESTINO ad una critica, che non ci pare esatta, poichè il contenuto di quella definizione non può essere puramente letterale. Sul matrimonio romano vedi pure HÖLDER (*Die Römische Ehe*, pag. 38 a 40), che raccoglie monumenti di affetto coniugale purissimo. *Ihering* (op. cit. pag. 210, note 321) ricorda quel di VALERIUS MAXIM. 4, 6, 2;« *morte uxoris audita*

esperto dovrebbe sembrare che contenessero la cristiana comprensione del matrimonio. Pel tempo antico quelle definizioni erano una verità; pel posteriore, che ce le ha trasmesse, una pura ricordanza. È noto il mostruoso contrasto nella vita romana di questi due tempi, del costume e della fede antichi, e della orribile frivolità e dissoluzione posteriore. In quel primo tempo le testimonianze di un amore coniugale sincerissimo sono splendide e numerose, e si raccolgono da documenti e monumenti non pochi [118]). Onde non sapremmo comprendere come il BECH-

---

doloris impotens pectus suum gladiopercussit», e lo splendido documento di amore contenuto nell'elogio funebre di TURIA. Cfr. pure BRINI l. c. pag. 26 e seg.

Non si potrebbe, a confermare la idea del BECHMANN che il matrimonio romano sia un peso, trarre prove dalla commedia classica e ricordare il TRINUMMUS, in cui si legge essere il matrimonio una pena.

Miseria una uni quidem homini est adfatim.
atto V, 1185

A prescindere che quivi il giovane *Lesbonico*, a cui il padre *Carmide* rivolge queste parole, aveva con la sua vita scapigliata dato fondo a tutto il patrimonio, e però si stabilisce di dargli moglie per porre un freno ai trascorsi di lui, è ormai noto che delle testimonianze di PLAUTO si dee usare con molta cautela, perchè spesso si corre pericolo di riferire al diritto romano ciò che egli intende ritrarre dai greci costumi. (Cfr. KRÜGER (*Geschichte der quellen und Litteratur des römischen Rechts*, 11, pag. 76 e 77). COSTA (*Il diritto privato nelle commedie di Plauto*). BEKKER (*Die römischen Komiker als Rechtszeugen* nella *Zeitschr.* der *Savigny-Stift.* vol. 13, specialmente pag. 99 e seg.). VOIGT (*Röm Rechtsgesch.* pag. 7). KIPP (*Quellenkunde des Römischen Rechts,* pag. 122.

[118]) IHERING l. c.

MANN, senza invocare una prova sola, avesse potuto dire che « il matrimonio è un peso, secondo l'antico concetto, specialmente romano ». D' altra parte, come lo SCHEURL osserva, per mala ventura del BECHMANN, i giuristi romani ebbero una ragione particolare di rilevare, molto precisamente ed espressamente, il rapporto giuridico speciale della *dos* cogli *onera matrimonii*, a differenza della relazione della dote medesima col matrimonio; e però nelle fonti si trovano parecchi pronunziati [119]), che escludono del tutto la costruzione tentata dal BECHMANN, che la *dos* in tanto è un contributo ai pesi matrimoniali, in quanto è un dono per causa del matrimonio che questi pesi produce.

45. E quei pronunziati il BECHMANN toglie ad esaminare, e « con un acume veramente maraviglioso tenta di difendersene ».

Egli riannoda la l. 76 D. DE IURE DOTIUM di TRIFONINO [120]) con la

> l. 20 eod. PAULLUS *libro septimo ad Sabinum.* Julianus scribit valere talem stipulationem: 'cum morieris, *dotis nomine* tot dari'? quia et pacisci solent, ne a viva exhibeatur. quod non esse simile accepi: aliud est enim differre exactionem, aliud ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit. idque et Aristoni et Neratio et Pomponio placet.

In entrambi i casi, nota il BECHMANN, vien proposta la stessa quistione, se, cioè, sia valida la promessa della donna di dare una *dos* nel momento di sua morte. In en-

---

[119]) SCHEURL (*Kritische* VI, 8), e la nostra pag. 27.
[120]) **Vedi la nostra pag. 27.**

trambi è questa quistione risoluta per la negativa, una volta allegandosi la ragione quia dos nulla est nisi matrimonii oneribus serviat, un'altra volta, perchè non interessa in id tempus stipulari quo matrimonium futurum non est. Con ciò è fornita la prova che *matrimonium* e *onera matrimonii* sono identici concetti.

Ma vi ha ancora di più—GIULIANO, continua il BECHMANN, aveva dichiarata valida la stipulazione in controversia, invocando a prova di questa opinione che anche un *pactum ne a viva petatur* era incontestabilmente valido. GIULIANO argomentava così: per questo patto segue che il marito, durante tutta la durata del matrimonio, non abbia nessuna dote reale « nessun contributo per sostere i pesi matrimoniali », per dirla coi moderni. Se ciò era possibile, doveva esser pure possibile che si promettesse di darsi la *dos* nel tempo della morte della donna. Tra questi due casi non esisteva differenza materiale ed economica, ma assolutamente formale.

Ragionando però in tal guisa, GIULIANO era caduto nello stesso difetto, di cui soffre tutta la nuova teoria, soltanto in una maniera opposta. Anche alla mente di GIULIANO si rappresentava la idea, che il *servire oneribus matrimonii* era identico col *compensare onera matrimonii fructu dotis*; ma il ricordo del patto *ne a viva exhibeatur* gl'insegnava tutt'altra cosa: ond'egli concluse: poichè un tale *servire oneribus* non è richiesto, anche quella stipulazione è ammissibile. Tale conclusione però era falsa, poichè GIULIANO, senz'avvedersene, con un presunto presupposto del concetto della *dos*, ne aveva abbandonato

uno reale: la *dos* è per causa del matrimonio, e non si concepisce senza di esso; prima del matrimonio, o dopo lo scioglimento non può entrare in vita. Quella differenza esiste quindi giuridicamente, perchè giuridicamente tutto dipende da ciò che la *dos* sia legata col matrimonio. La sua speciale funzione economica è senza importanza giuridica. Dal che si deduce che le parole della l. 76 cit. *oneribus matrimonii servire* non si possano accogliere se non nello stesso senso delle altre: *dos nisi matrimonium est esse non potest.* Se si volesse scorgere in esse un ulteriore presupposto del concetto della dos « capacità della concreta dos di funzionare come equi- « valente rimpetto ai concreti economici pesi matrimo- « niali » resterebbe una insolubile contradizione. O questo presupposto è fondato, ed allora neppure un *pactum de non petendo* poteva ammettersi, come GIULIANO molto giustamente aveva sentito: o non è fondato, ed allora anche la *stipulatio cum morietur uxor* doveva essere accolta.

E così l'unico presupposto della *dos* è l'esistenza del matrimonio, poichè essa è un dono per ragion del matrimonio o dei pesi matrimoniali, essendo entrambi inseparabili. Sì tosto un matrimonio esiste, la dote può compiere la sua funzione.

46. Nella l. 16 D. DE CASTRENSI PECULIO 49, 17 [121]) è da PAPINIANO proposta la quistione, se la *dos* costituita ad un figliuolo di famiglia appartenga al suo peculio castrense. Motivo della disputa era che, quando il *filius familias*

---

[121]) Vedi la nostra pag. 27.

miles succedeva alla moglie, questo acquisto, secondo il diritto esistente, entrava nel peculio castrense.

Ma il giurista respinge questa analogia: nam hereditas adventicio iure quaeritur, dos autem matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus, qui sunt in avi familia, confertur. Anche in questo luogo, continua il Bechmann, non è detto se non quello che si trova in pienissimo accordo col suo assunto: la *dos* esiste per causa del matrimonio o dei pesi matrimoniali, è una *controprestazione* (*Gegengabe*) per questi: dunque, secondo il suo scopo, può appartenere soltanto *al capo giuridico del matrimonio* (*dem iuristichen Haupte der Ehe*). Questi è il *pater familias*, quando il *filius maritus* si trovi ancora sottoposto alla *patria potestas*; e poichè non è altri anche nel matrimonio di un *filius familias miles*, così la *dos* deve anche quì appartenere al *pater*. Ma che questa sia un contributo *ad sustinenda onera matrimonii*, nel senso della moderna teoria, non è detto affatto.

47. In parecchi luoghi è espresso, o additato il principio « *ibi dos esse debet ubi sunt onera matrimonii* » specie nelle l. 56 § 1 D. h. t. 65 § 16 D. pro socio, e 46 D. fam. erc. Ma si andrebbe molto errati, dice il Bechmann, se si volesse, come molti hanno fatto, considerare questo principio, nella generalità in cui è espresso nei luoghi citati, come un eurema giuridico immediatamente applicabile. Si dovrebbe allora argomentare così: la *dos* è un contributo al sostegno dei pesi matrimoniali; dove questi non esistono, nessuna dote è possibile: sì tosto dunque questi pesi passano ad un'altra persona, a costei dee toccare

anche la *dos*. E così questa diventa quasi un accessorio degli *onera matrimonii*, dove il noto principio « *accessorium sequitur principale* » trova la sua piena applicazione.

Ma proprio questa idea non trova nelle fonti il benchè menomo sostegno, anzi dai luoghi citati è recisamente contradetta, non essendovisi nemmeno lontanissimamente discorso che la *dos*, in virtù del suo intimo carattere, segua *ipso iure* i pesi matrimoniali. Vi è soltanto riconosciuto nell' uno, nella *societas omnium bonorum*, che la *dos* di uno dei socii appartiene alla massa sociale, nel secondo alla massa ereditaria del defunto *pater familias*, e che soltanto in quel caso, nello scioglimento della *societas*, in questo, nella divisione della massa ereditaria, il marito abbia un diritto di *praeceptio*, e però una personale pretesa alla restituzione della *dos*. Il che è essenzialmente diverso da un passaggio *ipso iure* della *dos* a colui, che di presente dee sostenere i pesi matrimoniali, e si accorda perfettamente col concetto di essere la *dos* data pel matrimonio e pei pesi matrimoniali: essa non potrebbe raggiungere il suo scopo se appartenesse ad altri, che non fosse colui, che questi pesi dee sostenere. È quindi non più che *equo* che, quando in questa relazione accade un mutamento, la *dos* venga restituita a colui, che ora i pesi del matrimonio colpiscono. In quella *praeceptio* si tien conto di un postulato dell'equià, e quel principio così apparentemente generale « *dos ibi esse debet ubi sunt onera matrimonii* » contiene soltanto un postulato della equità, e non già un principio giuridico *immanente alla essenza della dos.*

48. Finalmente il BECHMANN esamina la l. 11 D. DE PACTIS DOTALIBUS, 23,4 [122]).

Il padre della donna aveva promesso una dote allo sposo col patto « ne dos se vivo petatur neve constante matrimonio petatur »: il marito non doveva dimandarla finchè il padre vivesse, e poi neppure finchè il matrimonio durasse. Secondo una decisione dell'imperatore SEVERO doveva questo patto essere interpetrato restrittivamente e valutato come se nella seconda proposizione dicesse: *ne dos constante matrimonio se vivo petatur.*

Questa decisione era giustificata « contemplatione paternae pietatis et contrahentium voluntatis, ut posterior quoque pars conventionis ad vitam patris relata videatur, ne diversa sententia fructum dotis ab oneribus matrimonii separet quodque indignissimum est, inducat ut non habuisse dotem existimetur».

In questo luogo, osserva il BECHMANN, sembra del tutto e con parole secche espresso che la *dos* sia un contributo al sostegno dei pesi matrimoniali. Ma se lo si volesse intendere come l'espressione di un principio generale, quel luogo proverebbe troppo. La ragione, su cui si fonda il rescritto, non è che il patto in controversia insorga contro la essenza della *dos,* ma invece che si ribelli alla *paterna pietas.* Questa reclama, che il genero abbia qualcosa della *dos,* che a lui almeno non sia tolta fin da principio ogni speranza di un reale vantaggio. Si tratta quì di una decisione singolare, che non si fonda sulla essenza della *dos*, ma sulla *paterna pietas*, e che

---

[122]) Vedi la nostra pag. 28.

non può fornire alcun argomento alla opinione dominante; tanto meno può parlarsi di un'applicazione analoga della decisione imperiale al caso, in cui un *extraneus* costituisca la *dos* con lo stesso patto.

49. La l. 20 Cod. h. t. [123]) poi non dice altro se non che i frutti della *dos* appartengono e rimangono al marito, perchè egli dee sopportare i pesi del matrimonio, ma non dice affatto che la *dos* sia un contributo al sostegno dei pesi matrimoniali nel senso della dottrina dominante.

50. Giunto a questo punto, il Bechmann si riassume nella seguente conclusione:

La *dos* è un *datum ob causam*, che ha un unico presupposto, *il matrimonio*, e non anche l'altro, *particolari pesi matrimoniali*: la *dos* non ha nessuna speciale funzione economica da compiere: colla fine del matrimonio la *causa dotis* non si estingue, e se in certi casi, sciolto il matrimonio, la *dos* si dee restituire, ciò dipende soltanto da particolari ragioni positive. Ed in questo consiste la giuridica particolarità della *dos*, onde si differenzia da tutti gli altri *datis ob causam*.

Secondo tali premesse, il Bechmann definisce la *dos* « un dono per causa del matrimonio, che deriva dalla don-« na, o da parte della donna, al marito, e che costui, dopo « sciolto il matrimonio, deve restituire a certe persone « per particolari motivi » [124]).

51. Ma il ragionamento del Bechmann, come lo Scheurl osservava, è prova soltanto di un acume maraviglioso,

---

[123]) Vedi la nostra pag. 29.

[124]) Bechmann I, pag. 32.

che torna vano: la definizione della *dos* è poi del tutto inesatta.

La contradizione, che il BECHMANN crede di trovare, esaminando il patto « cum morieris. dotis nomine tot dari? » è puramente immaginaria. PAOLO respinse la opinione di GIULIANO, che dalla validità del patto « ne a viva exhibeatur » riteneva di poter argomentare alla validità della stipulazione « cum morieris, dotis nomine tot dari? »; e la respinse perchè « aliud est differre exactionem aliud ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit ». La *donna* infatti avrebbe promesso di darsi la *dos* nel tempo della morte « cum morieris », cioè quando, sciogliendosi il matrimonio, sarebbe alla *dos* mancato il primo fra i suoi necessarii presupposti. Nell' altro caso invece « ne a viva exhibeatur » il marito si obbligava di non chiedere il pagamento della *dos* alla moglie finchè costei vivesse, e però si rassegnava a non avere dalla *dos* alcun frutto durante il matrimonio.

Ma quest'ultimo patto era valido, perchè non è necessario che la *dos* produca frutti, essendo sufficiente l'aumento che con essa si ottiene nel patrimonio del marito. Qui dunque la *dos* esiste, sebbene la *exactio* ne sia differita: nella stipulazione « cum morieris » la *dos* non può esistere, perchè allora vien meno il matrimonio.

Dov'è dunque la contradizione, che il BECHMANN s'immagina per sostenere il suo assunto?

52. Mentre la dottrina dominante del contributo si appoggia al responso di PAPINIANO, che, come gli altri giuristi, rappresenta la relazione intima della *dos* cogli *one-*

ra, e poi dice che la *dos* del *filiusfamilias* non appartiene al peculio castrense di costui, come vi appartiene la *hereditas* della moglie del *filiusfamilias miles*, perchè la dos matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus, qui sunt in avi familia, confertur, il BECHMANN, preoccupato dalla sua idea opposta, crede che PAPINIANO non abbia detto altro se non che la *dos* esiste pel matrimonio o pei pesi matrimoniali, e però può appartenere solo al *capo giuridico del matrimonio*, che anche nel matrimonio del *filius familias miles* è il *pater*.

Ma, lasciando pur da parte la stranezza della espressione e del concetto che il *pater* sia il *capo giuridico del matrimonio* [125]), reca veramente maraviglia che il BECHMANN non abbia veduta la ragione, onde la *dos* del *filius familias miles* non appartenga al peculio castrense di costui. La ragione è quella stessa indicata da PAPINIANO: la *dos* è legata al matrimonio ed ai pesi che esso produce e che sono, anche nel caso del *filiusfamilias miles*, sostenuti dal padre. Il *pater* dunque dee avere la *dos* non già perchè è il *capo giuridico del matrimonio*, ma perchè di questo sopporta i pesi.

53. Esaminammo, a conforto della dottrina dominante

---

[125]) La stranezza di questa idea fu rilevata dallo SCHEURL (*Kritische* cit. VI, pag. 8), dicendo, che se essa dovesse avere un significato sarebbe questo: il *pater* è il subbietto del diritto che il *filius*, naturalmente prescindendo dalla *manus*, ha sulla persona di sua moglie: dunque il *pater* dei *filius familias* sarebbe marito della moglie di costui! Il BECHMANN rispose a questa critica, pur non dissimulandosi la poco esattezza della espressione (Cfr. *Das Röm Dotalr* II, 46, nota 2).

del contributo, il principio « *ibi dos esse debet ubi onera matrimonii sunt* » [126]. Il BECHMANN, per schivarne le conseguenze contrarie alla sua opinione, dice che se lo si volesse ritenere come un eurema giuridico, la *dos* diventerebbe quasi un accessorio degli *onera matrimonii.* Le fonti invece non dicono che essa segue *ipso iure* tali *onera*, ma concedono solo una *praeceptio* a colui, che questi ora venga a sopportare. E la *praeceptio* è un postulato dell' equità, del tutto diverso dal passaggio *ipso iure* della *dos.*

Noi ci troviamo di aver esposta altrove la ragione di essere della *praeceptio dotis* [127]. Ma qui ci pare opportuno di notare con lo SCHEURL che il BECHMANN ha trascurato di spiegare con chiarezza il suo concetto, che è il seguente. Supponiamo che la *dos* si sia costituita, trasferendosi al padre la proprietà di un fondo. Perchè la *dos* è un capitale pei pesi matrimoniali, alla morte del padre, deve passare *ipso iure* al figliuolo, cui si trasmettono gli *onera matrimonii*, il diritto di proprietà sul fondo, e ciò per virtù del principio *accessorium sequitur principale*, come se gli *onera* fossero un diritto, che passasse *ipso iure* al figliuolo, ed a cui la proprietà del fondo dotale si attaccasse, come alla proprietà di un fondo una servitù prediale, a questo spettante. O supponiamo che la *dos* consista in una somma di danaro, che si fosse pagata al padre, e che costui avesse impiegata alla estinzione di un debito. Che cosa

126) Vedi pag. 40 e seg.

12) Vedi pag. 44 e seg.

allora deve passare al figliuolo *ipso iure*? Forse il diritto di proprietà di altrettante monete che alla morte del padre si trovino per avventura nella cassa di costui? L'avere il figlio un puro diritto alla *praeceptio* prova che egli, solo per ragioni di equità, deve avere tutta la *dos*, essendo obbligato a sostenere gli *onera matrimonii*: *ipso iure* il figlio riceverebbe solo una parte, corrispondente alla sua quota ereditaria, dell'accrescimento, di cui il patrimonio paterno si è arricchito per la costituzione della *dos*! [128]).

54. Il BECHMANN si libera facilmente dell'ostacolo, che pone alla sua opinione la l. 11 D. DE PACTIS DOTALIBUS. Da questa si raccoglie colla maggiore evidenza che tanto il pronunziato di ULPIANO, quanto il rescritto di SEVERO si aggiravano intorno alla interpetrazione del patto « Cum pater dotem pollicitus fuerit et paciscatur, ne se vivo petatur neve constante matrimonio dos petatur ». Il dubbio era se le parole « se vivo » si riferissero solo alla prima parte del patto, od anche alla seconda. L'imperatore SEVERO ed ULPIANO, in questo dubbio che il patto sollevava, si decidono ad interpetrarlo «contemplatione paternae pietatis et contrahentium voluntatis, ut posterior quoque pars conventionis ad vitam patris relata videatur....... in guisa che « si quidem vivo patre decesserit filia aut sine culpa sua « divorterit, omnimodo dos peti non possit, constante autem « matrimonio mortuo patre peti possit ».

Siamo di accordo col BECHMANN che il patto « ne constante matrimonio dos petatur » non ripugni alla essenza della *dos*, perchè abbiamo ritenuto non indispensabile

[128]) SCHEURL (*Kritische* cit., VI, 9).

che questa produca frutti, bastando solo un aumento del patrimonio del marito. È però sempre vero che quando la *res dotalis, data* o *promissa,* produca frutti, questi appartengono al marito, salvo patto contrario, e pro oneribus matrimonii petuntur, onera matrimonii fructus relevaturi sunt. Or, trovandosi di fronte al patto « ne constante matrimonio dos petatur » che nel modo ond' era espresso, sollevava gravi dubbiezze, l'imperatore ed ULPIANO si appigliarono nella loro interpetrazione al tipo normale, alla regola che il *fructum dotis ab oneribus matrimonii non separat.* E questa regola appunto è la conseguenza della dottrina che nella *dos* ravvisa la funzione di sopperire agli *onera.*

Onde a buon diritto la opinione dominante del contributo si fonda, tra le altre, sulla l. 11 D. DE PACTIS DOTALIBUS, che il BECHMANN non ha potuto interpetrare a vantaggio della sua opinione [129]).

55. Il BECHMANN finalmente sostiene che la l. 20 COD. DE IURE DOTIUM 5, 12 non dica essere la *dos* un contributo a sostenere i pesi del matrimonio, sibbene appartenere i frutti di essa al marito, che quei pesi dee sopportare. Ma torna evidente che il pro oneribus matrimonii mariti lucro fructus dotis totius esse...... manifestissimi iuris est di DIOCLETIANUS e MAXIMIANUS, e il dover spettare al marito i frutti della *dos,* come dice il BECHMANN, non esprimono che un concetto solo, essere, cioè, la *dos* un contributo agli *onera.*

---

[129]) Vedi sopra, pag. 17 e 18—Sulla l. 11 D. DE PACTIS DOTALIBUS cfr. CZYHLARZ (o. c. pag. 89 a 91).

56. Che gli sforzi del BECHMANN, rivolti a combattere «dalle radici» la dottrina del contributo, dominante nella *dos*, siano riesciti vani, e che quella dottrina, malgrado tutti gli attacchi, torni sempre più vera, vien dimostrato dal BECHMANN stesso, quando, riassumendo la sua confutazione, definisce la *dos*, secondo le sue premesse. Se la *dos* fosse, come il BECHMANN dice « un dono, derivante dalla donna o da parte della donna, per causa del matrimonio, al marito, che questi per particolari ragioni dee restituire, dopo lo scioglimento del matrimonio, a certe persone » sarebbe facile la conseguenza, già notata dallo SCHEURL [130]), doversi ritenere come *dos* la donazione che la donna s'induca a fare all'uomo, che vuole sposare, *sub modo* che costui, alla morte di lei, debba restituire al padre, o ai figliuoli di lei allora esistenti, la cosa donata.

In tal guisa il BECHMANN non solo non ha combattuto la dottrina dominante, ma non è riuscito nemmeno a rappresentare la essenza vera della *dos*, nè a distinguerla esattamente dalla donazione. Avverso egli, com'è sempre, agli *onera*, non trova la ragione, per cui la *dos* non è donazione, nel difetto di arricchimento del marito, ma in ciò che la intenzione del datore è rivolta non ad un puro arricchimento, sibbene ad un arricchimento allo scopo di metter su un matrimonio dotato. La *dos*, secondo il BECHMANN, è, come la donazione, un aumento di patrimonio libero e gratuito, e però tra questi due istituti la differenza diventa puramente nominale! [131]).

---

[130]) SCHEURL (*Kritische* VI, pag. 10).

[131]) BECHMANN I, pag. 194 e seg. Vedi specialmente la pag.

VII.

Le funzioni della *dos* secondo *Bechmann.*

57. Il Bechmann, volgendo uno sguardo retrospettivo alle sue ricerche, ampiamente svolte sul tema nostro, le riassume in prospetto succinto, secondo egli si esprime, e dice così:

« La *dos* era un istituto, che doveva compiere i più differenti scopi, e la opinione, che ne tien di mira soltanto uno, la concessione di un contributo al sostegno dei pesi matrimoniali, è assolutamente limitata e infeconda. La *dos* era il mezzo, che rendeva possibile alla donna un matrimonio convenevole, che apprestava alla *mater familias* una posizione degna ed uguale nella casa coniugale: essa era, quando derivava dal padre, *patrimonium filiae,* la parte del patrimonio paterno anticipata alla figliuola: essa era finalmente l' organo, pel quale veniva procurata ai figli una parte del patrimonio materno ».

« Tutte queste diverse funzioni della *dos* debbono tenersi d'occhio per comprendere la figura propria del *ius dotium* » [132]).

Ma è facile scorgere che appunto perchè la *dos* è un contributo agli *onera* si rende possibile con essa alla

199 in f.— Cfr. Windscheid (*Lehrbuch* 492, nota 4); Czyhlarz (*Das röm. Dotalr.* pag. 54 e seg. e specialmente pag. 57, nota 10).

[132]) Bechmann I, § 26, pag. 106.

donna un matrimonio onorevole, ed una degna posizione nella casa coniugale. Ammettendo questo effetto come funzione della *dos*, il BECHMANN scambia la conseguenza col principio.

L'interesse della donna non poteva essere il fattore determinante il concetto della *dos*: poteva imprimere al diritto dotale un indirizzo favorevole alla donna, poichè se alla necessità di una *dos* si tien fermo, come ad un postulato sociale, è naturale che la *dos* sia fatta sicura nell'interesse della donna, la quale solo in essa troverà poi il mezzo del suo ulteriore mantenimento. Ma se si può dire che « sia nell' interesse della donna *dotem salvam habere* », non si può del pari affermare che « l'istituto dotale per l'interesse della donna sia stato prodotto » [133]). E quì torna importante osservare anche con lo CZYHLARZ che quando si dice non essere scopo della *dos* l'interesse della donna, si ha con ciò riguardo solo allo scopo intrinseco, obbiettivo della *dos*, che determina la costruzione di tutto l'istituto, e non già allo scopo subbiettivo del costituente. Questo può consistere e consiste veramente nel procurare alla donna una posizione dignitosa nella casa del marito, quella posizione, che assume e solo può assumere, secondo il costume, l'*uxor dotata*. E quando si ha solo di mira questo motivo subbiettivo del costituente, si può dire davvero che la *dos* sia data nell'interesse della donna. Ma lo scopo subbiettivo del costituente non è lo scopo dell'istituto, da cui solo dipende la determinazione del

---

[133]) Su tutto ciò cfr. CZYHLARZ (*Das röm. Dotalr.*, § 5, pag. 29 e seg.).

concetto della *dos:* questo scopo non è di migliorare la posizione della donna, ma di rendere più facile al marito di sopportare gli *onera.* In sè e per sè, astraendo dalla particolare figura del rapporto, il costume reclama che la donna non venga al matrimonio a mani vuote, che essa porti il contributo agli *onera;* ma la forma particolare che questo contributo assume in diritto romano, e che consiste nel divenire del tutto patrimonio del marito, è da ricondurre soltanto a ciò che qui gli *onera matrimonii* solamente ed esclusivamente colpiscono il marito [134]).

Non è dunque funzione della *dos* quella di procurare alla donna una posizione onorevole, sia rendendole possibile un matrimonio conveniente, sia facendole, come a *mater familias,* una degna condizione nella casa coniugale.

58. E neppure può dirsi funzione della *dos* il procurare una parte del patrimonio paterno alla figliuola. La *filia familias,* dice il Bechmann, maritandosi *cum conventione in manum,* perdeva tutti i rapporti colla famiglia paterna, specie i diritti di successione *ab intestato,* tanto rispetto al *pater,* quanto rispetto agli altri agnati. Ma questo risultamento non rispondeva alle naturali e morali concezioni, e ricorreva quì uno di quei casi frequenti, nei quali le rigorose conseguenze del diritto soggiacevano allo spontaneo correttivo offerto dal costume. La figliuola, che usciva dalla famiglia paterna, non aveva nessuna giuridica pretesa sul patrimonio paterno; ma chi potrebbe affermare che la voce dell'amor paterno, pel quale nessuna

---

[134]) Czyhlarz, ibidem.

differenza esiste tra agnati e cognati, si fosse lasciata soffocare da tale principio di diritto? E la *dos* era proprio il mezzo di soddisfare a questa esigenza dell'affetto del padre, di procurare alla figliuola una parte del costui patrimonio, che il diritto, ma non la *paterna pietas* poteva negarle. E però la *dos* nel fatto e nel senso letterale della parola è il *patrimonium filiae,* il bene paterno, la parte del paterno patrimonio, che le sarebbe *devoluto di diritto* se ella fosse rimasta nella potestà del padre fino alla costui morte. . . . .

Mentre nel matrimonio *sine manu,* soggiunge il BECHMANN, la dotazione da parte del padre non aveva la particolare funzione di procurare alla figliuola una parte del patrimonio paterno, era tuttavia naturale che, anche in questo caso, la *dos* data dal padre fosse ritenuta come il *patrimonium filiae.* A dir vero nessuna idea era tanto estranea al diritto romano quanto quella di un'anticipata successione, e di una rinunzia alla eredità fatta durante la vita del *de cuius;* ed un contratto per cui la figliuola avesse, per causa della dote ricevuta, rinunziato alla futura eredità paterna, sarebbe stato nullo del tutto. Anche l'istituto della *colldtio dotis* sembra, relativamente parlando, di origine più recente, e da principio era limitata al solo caso in cui la figliuola dotata avesse cercato di ottenere la *bonorum possessio ab intestato o contra tabulas:* sotto ANTONINO PIO venne poi fissato il principio che la *collatio* avesse luogo anche quando la figliuola divenisse erede del padre secondo il *ius civile.* Ma dall'essersi svolto a poco a poco l'obbligo giuridico della collazione non segue punto, continua il BECHMANN, che

questa non sia esistita già da lungo tempo come *esercizio spontaneo offerto dal costume*, e che la figliuola dotata, tenendosi contenta della *dos*, non abbia rinunziato alla paterna eredità deferitale, in vantaggio dei suoi fratelli e sorelle, che non si trovavano nella stessa posizione. Ed è espressamente provato che tali rinunzie furono ammesse nel tempo posteriore. Ciò che possiamo ritenere come abbastanza certo è, conclude il BECHMANN, che il padre, che aveva dotata la figliuola, si determinava appunto per ciò molto di frequente a disporre del suo patrimonio per atto di ultima volontà, ed a diseredare essa figliuola *contemplatione dotis.* Nel tempo della classica giurisprudenza la *dos* proveniente dal padre fu considerata nella maniera più incontestabile come *patrimonium filiae,* come bene paterno anticipatamente pagato alla figliuola [135]).

59. Se nel matrimonio *cum conventione in manum* non si ammette la possibilità di una vera *dos*, neppure quando questa fosse costituita alla *filia familias* [136]), vuolsi

---

[135]) BECHMANN, I, pag. 47, cita a tal proposito la l. 65, § 1 D. DE REI VINDIC. 6, I. Ancillam, quae non in dotem data, sed in peculium filiae concessa est, peculio filiae non legato mancipium hereditarium esse convenit. si tamen pater dotis ac peculii contemplatione filiam exheredavit et ea ratione reddita nihil ei testamento reliquit aut eo minus legavit, filiam defensio tuebitur voluntatis.

[136]) Il KUNTZE (*Cursus* § 779 in f. p. 547) nella sua geniale espressione dice che il sistema dotale fiorì sulle ruine della *manus.* Ma la controversia se la *dos* fosse possibile nel *matrimonium cum conventione in manum* è antica, ed è

assolutamente escludere che in tale matrimonio essa esercitasse la funzione di procurare alla figliuola una parte del patrimonio paterno. E questa funzione deesi pure respingere nel matrimonio *sine conventione* per un principio, che varrebbe eziandio in quello *cum manu*, se in questo potesse ammettersi la possibilità di una vera *dos*.

Tale principio è stato più innanzi ricordato, ed è che lo scopo subbiettivo del costituente la *dos* non determina la funzione di questa. Il padre, dotando la figliuola, può proporsi lo scopo di procurarle un avvenire prospero, può volere darle una parte del patrimonio, che le spetterebbe nel tempo di sua morte. Ma con tutto ciò la funzione di questo bene paterno non è costituita. Si potrebbe piuttosto dire, osserva assai bene lo CZYHLARZ, che una funzione del bene paterno, rispetto alla figlia, fosse l'essere impiegato a dotarla, anzichè porre l'attribuzione del

---

assai largamente discussa dall'HASSE (*Güterrecht der Ehegatten*, pag. 220 e seg. e *Rhein. Museum für Jurisprudenz* II, 1828, pag. 75 a 86) e dall'UNTERHOLZNER (*in der Hallischen allgem. Litteratur-Zeitung* August 1824 n. 202, p. 778 e seg. e nella *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft*, vol. 5, pag. 27 a 37). Il DANZ (*Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, Leipzig, 1840, pag. 153 e seg.) dimostra la impossibilità della *dos* nel matrimonio *cum manu*, e nella seconda edizione (I § 97) mantiene lo stesso avviso, sopprimendo però la nota che esisteva nella prima su tale controversia — Vedi pure gli altri autori citati dal BRINI (*Matrimonio e divorzio*, pag. 68, nota 2) che conchiude la sua dimostrazione (l. c. pag. 68 a 84) ammettendo la *dos* nel *caso normale della filia familias data a marito* ed anche *nel caso di una donna bensì sui iuris, ma sprovvista o mal provvista di beni.*

bene paterno come una funzione della *dos* [137]). Ma non sembra del pari opportuno ciò che lo stesso CZYHLARZ soggiunge con le seguenti parole: « questo scopo (cioè lo scopo subbiettivo del *pater*, cui aspira colla dotazione) può anche per altra via, p. es. per quella del testamento, essere raggiunto, mentre la dotazione a ciò non è punto adatta, non essendo portata la *dos* nel patrimonio della donna, ma divenendo in primo luogo patrimonio del marito » [138]). Tale obiezione dello CZYHLARZ fu preveduta dal BECHMANN, il quale vi risponde, dicendo che la dotazione era il mezzo più idoneo, perchè in altri casi (p. es. nella istituzione di erede della figliuola) sarebbero venuti meno i vantaggi, che derivavano alla donna per l'immediato aumento del patrimonio del marito. Una fanciulla infatti, che al marito null'altro portasse se non la incerta speranza di una futura eredità, avrebbe avuto minor diritto ad un matrimonio adeguato di quella, che potesse subito garentire un arricchimento sicuro e intangibile [139]).

60. L'obbligo della figliuola di conferire la *dos* non può valere a dimostrare che funzione di questa sia il concedere un'anticipazione della paterna eredità alla fi-

---

[137]) CZYHLARZ (*Das röm. Dotalr.*, pag. 31 in f. e 32). Anche il KUNTZE (*Cursus des Röm. Rechts*, 1879, § 780, pag. 547) rileva benissimo che nella *dos* si riuniscono due interessi: l'uno riguarda la donna, l'altro il marito. La *dos* derivante dal padre è verso la figliuola parte del patrimonio paterno: rispetto al marito appare la *dos* un contributo per la economia della casa comune.

[138]) CZYHLARZ ibidem, pag. 32.

[139]) BECHMANN (op. cit. I, pag. 42).

gliuola, perchè la *collatio dotis* non aveva soltanto per obbietto la *dos profecticia,* ma anche l'*adventicia.* ULPIANO infatti così si esprime nella

> l. 1 § 7 D. DE DOTIS COLLATIONE, 37, 7, *libro quadragensimo ad edictum.*
> Si sub condicione PATER vel EXTRANEUS dotem promiserit, cautione opus erit, ut tunc conferat mulier dotem, cum dotata esse coeperit.

Ed in tutto il titolo del digesto *de dotis collatione* si discorre della teoria senz'alcun limite e senz'alcun riguardo alla origine della *dos,* poichè i diritti, che la figliuola per la morte del padre acquista sulla *dos,* sono gli stessi, tanto sulla *dos profecticia,* quanto sull'*adventicia;* ed un diritto indipendente di agire, osserva qui bene il FEIN, nel tempo della *patria potestas* per la restituzione della *dos adventicia,* si ribellava al principio della *patria potestas,* come avveniva per la *profecticia.* Alla collazione della *dos adventicia* si riferisce pure il noto rescritto dell'imperatore GORDIANO:

> l. 4 COD. DE COLLATIONIBUS 6, 20. *Imp. Gordianus A. Marino.*
> Filiae dotem in medium ita demum conferre coguntur, si vel ab intestato succedant vel contra tabulas petant: nec dubium est *profecticiam seu adventiciam dotem* a patre datam vel constitutam fratribus qui in potestate fuerunt conferendam esse. his etenim, qui in familia defuncti non sunt, profecticiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit. PP. IIII id. Mart. Gordiano A. et Aviola conss. [a. 239].

61. Il Bechmann ritiene che il fondamento della *collatio dotis* sia semplicemente quello che la figliuola abbia nella *dos* come tale, prescindendo dai futuri destini di questa, un *patrimonium*, una parte anticipata della sostanza paterna, che si dee imputare in una maniera equa sulla quota ereditaria di lei [140]). Il Bechmann non entra nella controversia, se anche la *dos adventicia* sia oggetto di collazione: dichiara solo che, secondo il suo avviso, lo si debba ammettere, e soggiunge, che la collazione della *dos profecticia* è sempre il fondamento di tutto l'istituto, essendo quella della *dos adventicia* una posteriore estensione.

Ma il principio della collazione non è quello additato dal Bechmann. Se fosse stato carattere fondamentale di essa il concedere un'anticipazione della quota ereditaria paterna, contenuta nella *dos profecticia*, le regole dell' istituto della *collatio dotis* avrebbero dovuto limitarsi solo alla *dos profecticia*. Di ciò invece nelle fonti, come abbiamo innanzi dimostrato, non troviamo alcuna traccia, anzi è dichiarato il principio contrario, poichè la *collatio dotis* non fu che una ulteriore applicazione del principio posto a fondamento della *collatio bonorum*, e quindi si riferì fin dalle prime anche alla *dos adventicia* [141]). La figliuola do-

---

[140]) Bechmann (op. cit. I, 180 e nota 1).

[141]) Czyhlarz. *Das röm. Dotalr.*, pag. 193, nota 7. Quantunque di ciò si fosse sempre dubitato, e si trovassero dei giuristi che negano la collazione della *dos adventicia* (vedili citati nel Fein (*Das Recht der Collation* § 33, nota 42), è certo che, studiando le fonti, ogni dubbio si dilegua. Cfr. Fein l. c. che,

veva conferire agli altri *sui* la *dos*, che aveva ricevuta in un tempo, in cui costoro nulla potevano acquistare per sè. Il principio della *collatio dotis* e della *collatio bonorum* era quindi il medesimo, mentre, se fosse vero il fondamento posto dal BECHMANN alla *collatio dotis*, questa avrebbe dovuto essere in altra guisa governata [142]).

62. Ed eccoci finalmente all'ultima funzione della *dos*, secondo il BECHMANN, essere, cioè, *la dos* l'organo per cui veniva, nel matrimonio *sine manu*, procurata ai figliuoli la partecipazione al patrimonio materno.

Egli è noto, dice il BECHMANN, che, secondo il diritto più antico, i figliuoli non avevano nessun diritto di successione intestata sulla eredità della madre: questo fu soltanto introdotto dal senatoconsulto ORFIZIANO, sotto gli

---

combatte il FABRO, da cui (*Error. pragm.*, decad. 40, err. 6, *pars secunda*) si volle riferire la l. 1 § 7 D. DE DOTIS COLLATIONE solo alla figliuola emancipata, mentre essa nel § 1-6 tratta della *collatio dotis* della *filia familias*, e solo nel § 2 entra in un paragone colla *collatio emancipatorum*, accentuandolo espressamente colle parole « *emancipata autem neptis* etc. Vedi FEIN (l. c. pag. 155). Sulla *collatio* della *dos adventicia* cfr. pure FRANCKE (*Civilistische Abhandlungen*, IV *Abhandl. Grundzüge der Lehre des Römisch. Rechts von der Collation*, pag. 190 e seg.). VANGEROW (*Lehrbuch der Pandekten*, II, § 516, pag. 389, nota 2), KELLER (*Pandekten*, II, pag. 488, 6), KOHLER (*Gesamm. Abhandlung. Die römischrechtlichen Grundlagen der Collation*, pag. 149 e seg.) SCHMIDT (*Ueber das Prinzip der prätorischen Kollation, Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts*, IV, pag. 118 a 120). DERNBURG (*Pandekten* III, 283).

[142]) CZYHLARZ (o. e l. c. pag. 193, nota 7 e gli autori ivi citati). Cfr. pure KOEPPEN (*Lehrbuch des heutigen röm. Erbrechts*, pag. 248, nota *b*).

imperatori *Marco* e *Commodo.* Ma l' escludere i figliuoli da ogni partecipazione alla eredità materna si ribellava alla natura, e non vuolsi supporre che la irrazionalità di questo rapporto si sia venuta a riconoscere solo nel tempo posteriore. Piuttosto entrava la *dos* anche qui come mediatrice, e molto tempo innanzi che si avesse un diritto di successione civile intestata sul patrimonio materno; anzi, assai prima che si desse molto sussidiariamente una *bonorum possessio unde cognati,* i figliuoli in virtù della *dos* prendevano parte al patrimonio della madre e degli ascendenti materni. Formalmente era la *dos* null'altro che una parte della eredità paterna, dunque bene paterno; ma, materialmente, era appunto patrimonio materno, bene materno, come la *dos* costituita dal padre per la figliuola, materialmente considerata, era bene paterno di lei. Perciò, soggiunge il BECHMANN, PAPINIANO nella l. 16 D. DE CASTRENSI PECUL. potè dire che la *dos* contribuiva primieramente agli *onera matrimonii* e in secondo luogo *liberis communibus.* Il che non importa, come generalmente si ritiene, che la *dos* sia un contributo alle spese della educazione dei figliuoli, perchè queste sarebbero già comprese nel concetto degli *onera matrimonii:* piuttosto con ciò dev' essere detto che la *dos* esiste non soltanto pel marito, ma eziandio pei figliuoli ed a loro vantaggio. E poichè nel caso discorso in quella legge i figliuoli sono in *avi familia,* il giurista trae da ciò un ulteriore argomento contro l'assunto, che la *dos* potesse appartenere al *peculium castrense:* essa piuttosto è un bene di famiglia, destinato a passare ai figliuoli, e però solo al patrimonio del capo della famiglia può appartenere.... E

più oltre lo stesso BECHMANN dice: quando dal senatoconsulto ORFIZIANO (178 d. C.) fu concesso ai figliuoli un diritto di successione intestata sulla eredità della madre con preferenza agli agnati, e quando, circa due secoli appresso sotto VALENTINIANO II, i figliuoli medesimi, quali rappresentanti della madre premorta, ricevettero inoltre un diritto di successione legale sul patrimonio dei loro ascendenti materni, la funzione della *dos*, ultimamente discorsa, divenne superflua, perchè, aperta la via diretta alla successione materna, cessò il bisogno di ottenere di parteciparvi indirettamente.

Ammessa poi la successione agli ascendenti materni, il compito della *dos profecticia* di procurare per via indiretta una parte del costoro patrimonio tornò del tutto frustraneo. Ed ancora: COSTANTINO ordinò, che la eredità materna appartenesse ai figliuoli, ed il padre ne avesse soltanto l' usufrutto e l'amministrazione: questo principio venne subito esteso agli altri *bona materni generis*. Fattosi in tal modo questo passo importante e fecondo di conseguenze, quella originaria funzione della dos dovette sembrare, non soltanto superflua, ma contraria del tutto allo scopo. Così potè pure avvenire che la originaria importanza delle *retentiones propter liberos* fosse dimenticata: che si fosse abituati sempre più a considerare in esse un puro contributo al sostegno delle spese di educazione, e che GIUSTINIANO finalmente le abolisse come del tutto superflue: « quum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur » [143]).

---

[143]) L. un. § 5 Cod. DE REI UXORIAE ACTIONE 5, 13.—BECHMANN o. c. pag. 114.

63. Quest'ultima funzione, che il Bechmann attribuisce alla *dos,* non si può assolutamente sostenere. Nessuno meglio dello Czyhlarz l'ha dimostrato. Non si può negare, egli dice, che quando i figliuoli fossero in realtà eredi del padre, e quando in tal momento nella eredità di costui si trovasse tutta o parte della dote materna, i figliuoli per mezzo di questa parteciperebbero alla eredità della madre loro. Ma ciò è del tutto fortuito, perchè ognun sa che il padre poteva escludere i figli dalla sua eredità, ed inoltre (facendo astrazione dal singolare divieto di alienazione del *fundus dotalis*), disporre della *dos,* come di qualunque altra parte del suo patrimonio; poteva specialmente legare gli obbietti dotali. E ciò solo basta a dimostrare che questo effetto, puramente fortuito, non può essere assunto come funzione della *dos.*

Se essa fosse stata davvero introdotta per procurare qualcosa della sostanza materna, come surrogato del diritto di successione legale, che mancava ai figliuoli, avrebbero dovuto costoro avere un qualunque diritto stabile sulla *dos.* Ma questo appunto non esiste certamente nel diritto classico, e vien concesso soltanto sotto certi presupposti nel diritto imperiale posteriore, quando il concetto della *dos* si era svolto da molto tempo; sicchè tale determinazione non può più avvisarsi come una conseguenza che sorga dallo scopo della *dos*, ma soltanto come una determinazione di utilità [144]).

---

[144]) *Das röm. Dotalr.* pag. 31 e i luoghi delle fonti ivi citati, l. 13, § 4, D. de fundo dotali, 23, 5; l. 16, D. de testam. mil. 29, 1; l. unic. Cod. si dos const. matr. 5, 19; l. 3 Cod. Th.

A queste importanti osservazioni dello CZYHLARZ è opportuno aggiungere due altre, che anche più le raffermano. La prima è che, anche dopo il senatoconsulto ORFIZIANO, la *dos profecticia* (quando il *pater* non era sopravvissuto alla figliuola dotata), e la *dos adventicia* appartenevano sempre al marito, e non ai figliuoli, come ne attesta ULPIANO, che visse quando il senatoconsulto ORFIZIANO, di cui egli parla, già esisteva. Ed anche il giureconsulto PAOLO, che pure scrisse intorno al senatoconsulto ORFIZIANO, malgrado la esistenza del diritto di successione dei figliuoli alla madre, sentenziava che la *dos* apparteneva al marito, e non ai figliuoli [144]). Il che importa, che la dote medesima era sempre connessa agli *onera*, e giovava ai figliuoli solo in quanto essi erano parte di tali *onera;* non si trasmetteva a loro assieme col patrimonio della madre, neppure dopo il senatoconsulto ORFIZIANO.

E l'altra osservazione è questa. Prima del senatoconsulto ORFIZIANO i figliuoli non succedevano *ab intestato* alla madre, ma, quando erano sottoposti alla *patria potestas*, avevano bisogno, anche dopo il senatoconsulto ORFIZIANO, del *iussus patris* per acquistare la eredità della madre, la quale poi nel diritto antico era devoluta al padre, perchè in quel tempo i *filii familias* non avevano ancora

---

DE DOT. 3, 13; Nov. 98 c. 1 e Nov. 127 c. 3. Cfr. pure D'ANCONA (*Il concetto della dote* pag. 45 e 46).

[144]) Cfr. ULP. FRAGM. VI, 4 e 5, e XXVI, 7. — GLÜCK (op. cit. 24, pag. 437 e seg.).—Dal *liber singularis* di PAOLO *Ad Sctum Orphit.* sono tratte le l. 6 D. 38. 17; 230 D. 50, 16. Cfr. l. 1 D. DE IURE DOT. e GLÜCK (*Erläut,* 27, pag. 210 a 212).

alcun diritto particolare sul patrimonio materno [145]). E se allora essi, siccome il BECHMANN afferma, avessero partecipato alla eredità materna per mezzo della *dos*, questa non si sarebbe acquistata dal padre loro?

Quì dunque anche lo svolgimento storico degl' istituti si ribella alla dottrina del BECHMANN intorno alle funzioni, che egli attribuisce alla *dos*.

VIII.

I seguaci del *Bechmann* e la utilità della revisione da lui tentata della tradizionale dottrina del diritto dotale romano.

64. Pervenuti a questo punto, e ricordando la critica del BECHMANN e la confutazione che n'è stata fatta, non possiamo tuttavia negare la grande utilità derivata alla scienza romanistica dalla revisione dell' istituto dotale.

La critica che fa il BECHMANN della opinione dominante è stata accolta da valorosi giuristi [146]), che, o espressa-

---

[145]) GLÜCK (op. cit., 21, pag. 431 e 432). VINNII *Comm.* ad § 2 INST. DE SENATUSCONSULTO TERTULLIANO, e ad pr. INST. DE SENATUSCONS. ORPHITIANO.

[146]). Il RUDORFF nelle Istituzioni di PUCHTA (9.ª ed. vol. 2, pag. 406 e nota *a*) dice: «il contributo speciale ai pesi matrimoniali viene espresso solo per occasione (l. 16 D. DE CASTR. PECUL). L'esatto punto di partenza è costituito dalla posizione della donna, a cui è la *dos* così essenziale ovvero così importante che una *mulier indotata* sarebbe di fatto tenuta per non completa»,

mente o tacitamente, hanno escluso dal concetto della *dos* gli *onera matrimonii*, ma non si è potuto sostenere. Il Bechmann però ha il merito grandissimo di aver pro-

---

Il Maynz (*Cours du droit romain, 4.ª ediz. vol.* 3, pag. 21 e nota 5), ha pur ritenuto non essere essenziale alla *dos* il concetto dell' *onus matrimonii.* Il Mandry (*Das Familiengüterr.* vol. 1, pag. 303, nota 14) crede, come abbiamo già notato, che il Bechmann a buon diritto escluse la materiale destinazione della *dos* dal giuridico concetto di essa. Ma al Mandry fu ben risposto che p. es. anche nell'*utendum dare* l'*utendum* è così materiale destinazione come giuridica essenza del comodato, e però il contrapposto tra la materiale destinazione della *dos* (*onera matrimonii*) e la giuridica essenza di essa non poteva esistere. Cfr. Brinz (*Lehrb.* III, pag. 695, nota 16). Il Petrażycki (Die *Fruchtvertheilung* cit., pag. 5) si accosta pure all'opinione che gli *onera matrimonii* non sono la causa formale, ma solo economica della *dos*; e spiega l'acquisto dei frutti della *dos*, spettanti al marito durante il matrimonio, non con la essenza della *dos* fondata sugli *onera*, ma col principio dell'*aequius melius* dell'*actio rei uxoriae*. E, per escludere sempre gli *onera* (l. c. pag. 51 e seg. e specialmente pag. 64, 65 e seg.), crede di porre lo scopo e la essenza della divisione dei frutti allo scioglimento del matrimonio nella necessità di evitare le speculazioni, che avvenivano quando a disegno il divorzio si dichiarava in un tempo più favorevole all'uno o all'altro coniuge! Intorno a questo lavoro del Petrażycki vedi il Leonhard (*Zeitschr. der Sav. St.*, vol. 14, pag. 286, Litteratur, e il Bonfante (Rivista italiana per le scienze giuridiche, vol. 20, fasc. 3), il quale si occupa pure largamente della l. 7 § 1 D. sol. matr. [Su quest'ultima legge, nella quale Ulpiano riferisce una decisione di Papiniano intorno alla divisione dei frutti dotali, *divortio facto*, in un caso speciale del concorso di frutti naturali con frutti civili, non abbiamo creduto d'intrattenerci, parendoci

vocate nel campo dei romanisti le più gravi discussioni, dalle quali parecchi luoghi delle fonti furono chiariti, molte idee uscirono più limpide, molti principî dell'istituto dotale divennero più rilevanti. Senza la critica del BECHMANN noi non avremmo avute le splendide pagine dello SCHEURL [147]), che nel combatterla ha studiata la dottrina della *dos*, illustrandone maravigliosamente le parti.

Lo stesso BECHMANN, pur non essendo riuscito a confutare le irrecusabili testimonianze delle fonti, che pongono la *dos* in intima relazione cogli *onera*, ha nella sua dimostrazione rilevati punti importanti della dottrina della *dos*, come, fra gli altri, quello già notato della *causa perpetua dotis*, che resteranno sempre una conquista della scienza.

Preziose poi sono le osservazioni del BECHMANN sulla funzione sociale della *dos*. Con esse vien dimostrato l'influsso non lieve, che il sistema dotale classico perfezionato esercitò sullo stato sociale del tempo dell'impero. «L'aspettativa di una ricca dote stabiliva con fiducia più matrimonii che il timore delle pene del celibato, e i matrimonii

---

inutile, pel tema nostro, d'impigliarci nelle ostinate controversie che da tempo antico si sono svolte intorno ad essa. Cfr. il BONFANTE l. c. che accoglie la recente interpetrazione del PETRAŽYCKI, dal quale si sostiene che la ricordata l. 7 D. SOL. MATR. sia una *quaestio* e non un *responsum*: onde PAPINIANO non era obbligato ad eseguire una completa divisione di frutti, come avrebbe dovuto fare se le parti gli avessero chiesto un *responsum*].

[147]) Nella *Kritische Vierteljahrss.*, più volte citata, vol. VI e XI.

già esistenti appena avrebbero potuto essere stretti da un legame più forte di quello che la *dos* formava: la *dos*, sulla quale entrambi i coniugi mettevano la loro speranza, e il cui destino dipendeva dall'esito del matrimonio, ed in parte dalla esistenza di figli [148]) ».

Se questa è la incontrastabile utilità che la revisione del BECHMANN ha recata alla scienza, pur avendo di mira un altro scopo, che non ha potuto raggiungere: se dalle discussioni, che egli ha sollevate, è venuta tanta luce, crediamo esser vero anche un'altra volta che la lotta è l'eterno travaglio del diritto [149]).

---

[148]) BECHMANN (op. cit., I, pag. 109).

[149]) *Der Kampf ist die ewige Arbeit des Rechts* — JHERING Der Kampf um's Recht, pag. 96.

APPENDICI *)

I.

È la *dos* sotto determinati rapporti una universitas iuris?

I. La quistione di sapere se la *dos* sia una *universitas iuris* influisce sulla determinazione del concetto della dote medesima, poichè è importante ricercare se questa si determini nella sua integrità ed identità, non per gli oggetti speciali, che si recano nell'atto della sua costituzione, e che durante il matrimonio possono essere da altri sostituiti.

II. Il BECHMANN [1]) osservava, che l'antica teoria, andando tropp'oltre, era propensa a trattare la *dos* in tutte le relazioni come *universitas.* Ma questa opinione, allo stato presente della scienza, specie dopo il lavoro di HASSE [2])

[1]) *Das röm Dotalr.* II, 181 e seg.

[2]) Ueber *Universitas iuris et rerum* und über Universal und Singular Succession (*Archiv fur die Civ. Praxis,* 5, pag. 1 e seg.).

*) Queste appendici non pretendono di dare una trattazione nuova nè particolare dei difficilissimi argomenti. Esse riproducono in parte quanto fu esposto nella scuola, in un corso di diritto patrimoniale della famiglia, e vogliono servire soltanto a chiarire e a completare certe affermazioni, su cui non potevamo intrattenerci senza nuocere all'armonia del lavoro.

può, soggiunge il BECHMANN, ritenersi come del tutto abbandonata, e però sarebbe vana fatica di combatterla. Ma alle nuove teorie si potrebbe muovere il rimprovero opposto, poichè nella negazione del concetto della *universitas iuris* sono andate tant' oltre da disconoscerlo anche là, dove nelle fonti è senz' alcun dubbio fondato, ed è indispensabile alla intelligenza di esse. Il concetto dell' *universitas iuris*, continua il BECHMANN, appartiene a quelli che hanno ancora bisogno, e nel più alto grado, di un profondo esame, poichè nè il ricordato articolo di HASSE, nè il posteriore di MÜHLENBRUCH [3]) hanno portato quella indagine ad una conclusione anche solo approssimativa; e, dopo, l' interessante argomento venne trascurato. Si limitò l' *universitas*, considerandola solo come presupposto di una successione propria, e lasciando da parte, o mettendo in dubbio gli altri rapporti, in cui quel concetto può essere parimenti importante.

III. Il BECHMANN ritorna sul contrapposto dell'*universitas facti* e *iuris*, dopo l' HASSE e il MÜHLENBRUCH caduto in discredito: dice che HASSE consente di essere, o di poter essere la *dos* una *universitas* in senso relativo, ma non svolge largamente questo concetto; e nel suo libro [4]), fin dove giunge, non ebbe nessuna occasione di entrare a discutere più profondamente questa controversia. Il BECHMANN lo diceva a buon diritto, perchè l'HASSE dimostra solo, che sempre le singole cose, e non il tutto, vengono tra-

---

[3]) *Archiv. für die civilistische Praxis*, vol. 17, p. 321 e seg.
[4]) *Das Güterrecht der Ehegatten*, pag. 380 e seg.

sferite, anche quando la donna si costituisse in dote tutto il suo patrimonio come *universitas* [5]).

Ricorda il BECHMANN le espressioni delle fonti: *universitatis dotis* [6]), *dos crescit, augetur, augmentum dotis, res dotis esse incipit, dos minuitur, in dote esse, res dotalis efficitur, desinit in dote esse.* Ritiene che la *dos* sia da trattare come *universitas iuris*, ma non in relazione all' acquisto, non essendo in essa alcuna successione universale, e dovendosi restituire i singoli obbietti dotali. La *dos*, secondo il BECHMANN, è *universitas iuris* in relazione allo stato ed alla estensione. Gli oggetti dotali hanno una forza di assimilazione: perciò essi non formano nessuna somma, ma un tutto, e questa *universitas* esiste, naturalmente secondo il concetto e la possibilità, anche quando non si trovi che un solo oggetto dotale. Ma la *dos* ha inoltre anche una forza di separazione, poichè obbietti, che fino ad un certo tempo sono stati parte della *dos*, possono distaccarsi da questo legame, ed essere perciò sottratti alla loro destinazione giuridica dotale. Al *crescere* risponde il *minui* [7]).

IV. Il DERNBURG è lieto di trovarsi pure in questo rapporto di accordo col BECHMANN, che egli chiama ricercatore indipendente e profondo [8]). Anche il KUNTZE segue

---

[5]) *Das Güterrecht der Ehegatten,* cap. 8: del carattere della successione, che si opera per la costituzione della *dos.*

[6]) l. 1 § 4 D. DE DOTE PRAELEGATA 33, 4. l. 5 § 2 D. DE IMPENSIS IN RES DOTALES 25, 1, l. 56 § 3, l. 27, 32, 54 D. *de iure dotium,* l. 31 § 4 D. *eod.* l. 5 D. DE DOTE PRAELEG.—Cfr. pure SCHOL. SINAIT. 35.

[7]) BECHMANN, op. cit. II, pag. 184 a 186.

[8]) *Geschichte und Theorie der Compensation,* p. 112 e seg.

le idee del BECHMANN [9]). NEUNER [10]) distingue le *universitates iuris* dalle *universitates facti*, e di queste ultime fa due specie: l'una, che si compone soltanto di cose corporali, e, fino ad un certo grado, della stessa specie, come un gregge, un magazzino, una biblioteca, l'*instrumentum fundi*; l'altra, che, possibilmente, si compone di cose corporali e di diritti, in breve, di obbietti diversissimi, per es. *peculium* (che è *universitas iuris*, ma solo *iuris naturalis*,), *dos*, *propter nuptias donatio*, *bona parapherna*, *lucra nuptialia*, *bona adventitia*, *bona paterna*, *materna*, etc. Queste *universitates facti* sogliono chiamarsi spesso anche *patrimonio*, o, per causa dei loro diversi elementi, *universitates iurium*. Esse però, come le altre *universitates facti*, non sono *universitates* nel senso giuridico, non sono patrimonio nel senso ideale, ma soltanto complessi di cose. Non vi sono quindi crediti (quantunque potessero trovarsi in quel complesso anche *nomina*, per es. nella *dos* un *nomen dotale*) e debiti riguardanti tale patrimonio, nè per la consegna o restituzione di una *dos* esiste alcuna successione universale, e finalmente nessuna *vindicatio* di tale *universitas*. E se la *dos* vien reclamata con un' azione generale (non con un' azione universale), questa non la eleva ad una *universitas iuris*; l' azione medesima è soltanto personale, ed è rivolta all' adempimento della *obligatio ad dotem restituendam* [11]).

---

[9]) *Cursus des röm. Rechts.* pag. 623 e seg. Cfr. pure *Excurse*, pag. 306 e seg.

[10]) NEUNER, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, Kiel 1866, pag. 102 e 103.

[11]) NEUNER, ibidem.

V. Non vi sarebbe stata nessuna ragione di rappresentare la *dos* come *universitas* finchè essa passava definitivamente nel patrimonio del marito, ed in questo confondevasi del tutto [12]). La necessità di trattarla come un complesso indipendente entrò soltanto in rapporto all'obbligo di restituirla [13]). Il PERNICE sostiene contro BECHMANN che la natura patrimoniale è più limitata nella *dos* che nel *peculium:* nella prima si ammettono mutazioni solo nella forma della *permutatio*, e quindi col consenso della moglie: gli oggetti dotali debbono per sè stessi essere restituiti, e la l. 54 D. DE IURE DOTIUM (che è, dice il PERNICE, l'unico luogo che contradice a ciò), dee trovare la sua spiegazione nel rapporto della dottrina della *praediatura.* La l. 54 cit. suona così:

GAIUS *ad edictum praetoris titulo de praediatoribus.*— Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur [14]).

Il BIRKMEYER dimostra, che le *universitates peculii ac dotis* sono in tutto *analoga* alle *universitates bonorum.* Lo sono, secondo tutta la loro composizione e destinazione, e risultano della stessa specie di diritti. Come il patrimonio serve alla soddisfazione degli economici bisogni del destinatario in generale, così la *dos* e il *peculium* servono a soddisfare i bisogni economici dello stato matrimoniale, e, rispettivamente, a condurre una indipendente

---

12) PERNICE (*Labeo* I, 385). Cfr. pure pag. 380, 1.

13) CZYHRARZ (*Das röm Dotalr.* pag. 228 e seg.).

14) Su questa legge vedi LENEL (*Edictum perpetuum*, § 186, pag 314). DERNBURG (*Pandekten* III, pag. 32, nota 22) contro BRINZ (*Lehrb.*, III, 723).

economia dello schiavo e del figlio di famiglia. Anche nelle fonti il *peculium* e la *dos* sono qualificate come *patrimonium*:

l. 16. D. DE RELIGIOSIS ET SUMPTIBUS FUNERUM 11. 7.,... aequissimum enim visum est veteribus mulieres quasi de PATRIMONIIS SUIS ita de DOTIBUS funerari...

l. 3. § 5 D. DE MINORIBUS 4, 4.... quoniam DOS ipsius filiae PROPRIUM PATRIMONIUM EST [15]).

VI. Vuolsi qui riconoscere col DERNBURG [16]) che il tentativo di HASSE e di MÜHLENBRUCH di abbandonare il concetto dell'*universitas iuris* non fu a ragione seguìto dalla maggioranza degli odierni giuristi: che la distinzione delle *universitates* in *iuris* et *facti* ha radice nei rapporti della vita, ed è dal diritto riconosciuta. Il merito di HASSE e di MÜLENBRUCH, soggiunge il DERNBURG, è invece quello di aver messa in luce la verità che le *universitates* sono soltanto relative, cioè formano unità giuridica in singole relazioni, ed in diversa maniera.

VII. Applicando questo concetto alla *dos*, si troverà che essa può dirsi una *universitas iuris*, ma non in senso assoluto, perchè, ritenendola tale, si riuscirebbe a conseguenze falsissime. È invece la *dos* una *universitas iuris* in senso relativo, ed infatti essa è un insieme di valori patrimoniali, che, in conseguenza della origine comune e della identica destinazione, vale giuridicamente come unità in determinati rapporti. Le parti, che costituiscono

---

[15]) *Ueber das Vermögen im juristichen Sinne*. Vedi specialmente pag. 123 e 124.

[16]) *Pandekten*, I, pag. 162 nota 8 e 10.

la *dos*, possono mutarsi, aumentarsi, diminuirsi (*dos datur*, *minuitur*, *augetur*), ma la identità del tutto non cessa. La *dos* è un patrimonio, che per virtù della *constitutio* viene ad aumentare il patrimonio del marito pel sostegno dei pesi matrimoniali, e, come ogni patrimonio, ha il suo stato attivo, e il suo stato passivo. GIULIANO infatti riferisce che il *funus* è un debito della *dos*: *impensa enim funeris* AES ALIENUM DOTIS EST [17]). Passivo della *dos* sono le *impensae necessariae* [18]).

VIII. Se la *dos* è una *universitas iuris* per certi determinati rapporti, non può importare una *successio per universitatem*, ma solo una *singularis successio*, anche quando le cose, che la compongono, non fossero *singulae*, ma *universae*, e si costituisse in dote tutto il patrimonio della donna, per guisa che, come dice il GLÜCK, l'oggetto della *dos* fosse l' *universitas*, (et nihil refert, *singulae res* an pariter *universae* in dotem darentur [19]). Il marito, in tal

[17]) l. 18, 19 D. DE RELIGIOSIS ET SUMPTIBUS FUNER.

[18]) l. 2 pr. D. DE DOTE PRAELEGATA 33, 4 (ULPIANUS *libro quinto disputationum*).

..... quod si necessariae fuerunt impensae, quae ipso iure DOTEM minuunt, amplius dici potest, si tanta quantitas dotis, quam maritus accepit, ei relegata est, oportere dici etiam eam quantitatem posse fideicommissum erogare, quae IPSO IURE DOTEM MINUIT. È importante quì la differenza tra la QUANTITAS DOTIS, *quam maritus accepit*, e la DOS: la QUANTITAS DOTIS è la somma delle cose inferite, ma la *dos* non è fissata una volta per sempre per mezzo della *illatio*, perchè nel suo stato è mutevole, permutabile. Cfr. il DERNBURG (*Geschichte und Theorie der Compensation*, pag. 112 e seg.).

[19]) l. 1, § 1, D. PRO DOTE 41, 9. Cfr. GLÜCK (*Ausführliche Erlaüterung*, vol. 25, pag. 13 e seg.).

caso, non può esser convenuto dai creditori della moglie, perchè non è l'erede di lei, e d'altra parte sarebbe assurdo che lo fosse, perchè *viventis hereditas non datur*. Onde il *titulus dotis* è solo un *titulus singularis, pro dote:* la *dos* apparterrebbe alla *successio per universitatem* solo quando costituisse tutta la eredità della moglie raccolta dal marito. Allora il *dotale praedium transit per universitatem* [20]), mentre, quando la moglie lasciasse eredi, gli *onera hereditaria* spetterebbero a costoro, e non al *maritus quondam*, che lucrasse la *dos* [21]). E siccome *bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt,* se la moglie avesse costituito in dote tutto il suo patrimonio, potrebbe farsi restituire dal marito quanto basti a pagare i suoi debiti, e i creditori, se la donna fosse condannata, avrebbero la *missio in bona mulieris* [22]).

IX. Il giureconsulto PAOLO ritrae il vero carattere della *dos* in relazione alla *universitas iuris:*

> l. 72 D. DE IURE DOTIUM.
>
> PAULUS *libro octavo responsorum* Mulier bona sua omnia in dotem dedit: quaero, an *maritus quasi heres* oneribus respondere cogatur. Paulus respondit eum quidem, qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus conveniri eius non posse, sed non plus esse in promissione bonorum quam quod superest deducto aere alieno.

E qui torna opportuna una osservazione dello CZYH-

---

[20]) l. 1, § 1, D. DE FUNDO DOTALI 23, 4.

[21]) l. 27 Cod. DE IURE DOTIUM 5, 12.

[22]) Su tutto ciò cfr. il GLÜCK, (*Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, vol. 25, pag. 12 e seg.).

LARZ [23]). Egli ritiene la *dos universitas iuris* in senso relativo, perchè altrimenti non si potrebbe trovare la ragione, per cui le spese fatte su di una cosa possano produrre il loro effetto anche sulle altre, che costituiscono la *dos*. Ciò suppone un legame tra loro, che appunto si rappresenta nel carattere della *universitas*. È il legame dello scopo giuridico comune, del comune giuridico destino (l'eventualità della restituzione), che stringe tra loro le cose dotali, quello che le solleva ad unità, ad *universitas* [24]).

Malgrado questo carattere di *universitas* nella *dos*, essa, soggiunge lo CZYHLARZ, (ed è questa la osservazione, cui accennavamo) si distingue essenzialmente dalle altre *universitates iuris*. La *dos* non è un patrimonio indipendente, ma solo una massa particolare nel patrimonio del marito (naturalmente dopo essersi costituito l'obbligo della restituzione), mentre le altre *universitates iuris* formano un patrimonio indipendente. Ciò vale senza dubbio per l'*hereditas:* vale pel *peculium*, in cui il figliuolo, almeno di fatto, assume una posizione uguale a quella del padrone rispetto al patrimonio di lui. Ma la *dos*, sempre dopo essersi costituito l'obbligo alla restituzione, se ha una particolare posizione nel patrimonio del marito, non

---

[23]) Op. e l. cit.

[24]) Qui la costruzione della *dos* come *universitas*, che fa lo CZYHLARZ, è diversa da quella del BECHMANN, il quale, come si è veduto, rileva che la forza di assimilazione, inerente all'*universitas*, fa dotali gli obbietti che in seguito si aggiungano alla *dos*, e non già lo stesso destino della restituzione, a cui sono sottoposte.

è mai considerata, neppure di fatto, come un patrimonio proprio. Onde non ci pare da seguire il concetto del BRINZ che la *dos* sia quasi un patrimonio devoluto ad uno scopo, ed una fondazione a vantaggio del matrimonio [25]).

---

[25]) *Lehrbuch der Pandekten* III, pag. 690, nota 3, e pag. 706. Il BEKKER (*System des heutigen Pandektenrechts* I, pag. 149 in f.) dice: Dos, ein relativ wenig entwickeltes Sondergut; dieser Charakter scheint nur bei der Haftung für Impensen (vgl. *Pernice* I, 385) und für die a. *funeraria* hervorzutreten f. 16-19 *de relig.* 11, 7.

Sulla *dos* come *universitas* vedi pure PETRAŽYCKI (*Die Lehre vom Einkommen*, Berlin 1893, I, 208 e seg.).

La scuola romanistica italiana rispose degnamente allo invito del BECHMANN di studiare più profondamente l' importante argomento delle *universitates*. Oltre i trattati generali (SERAFINI, *Istituzioni*, DE CRESCENZIO, *Sistema del diritto civile romano*, CAPUANO, *Il diritto privato dei romani*, POLIGNANI, *Sinopsi delle pandette giustinianee*, RONGA, *Elementi di diritto romano* ed altri, porsero un grande contributo a questa dottrina SCIALOJA (nota alla sentenza della corte di cassazione di Roma, *Foro ital.* 1883, pag. 705 a 714), FERRINI (trad. ital. del GLÜCK, lib. I, tit, VIII, § 171 nota *a*), ASCOLI (pure nella traduz. ital. del GLÜCK, VI, 1 § 579, pag. 12 nota *a*), PAMPALONI (*Rivista it. per le scienze giurid.*, X, pag. 268 a 297), FADDA e BENSA nella nota al § 137 del WINDSCHEID (traduz. ital., vol. 1, p. 2, pag. 433 e seg.) non ancora compiuta. Vedi pure MILONE, *Le universitates rerum*, Napoli, 1894.

2.

La così detta *dos* tacita.

I. *L'animus dotis constituendae* non ha bisogno, come si è innanzi avvertito [1]), di essere manifestato espressamente: esso può raccogliersi da fatti e circostanze concludenti che lo dimostrino. Ma se la moglie avesse portato nella casa coniugale obbietti idonei a sopperire agli oneri matrimoniali e li avesse consegnati al marito, lasciandogliene l'uso e l'amministrazione, senza che nè dalle parole, nè dai fatti si potesse indurre alcun che della sua intenzione, potrebbero quelli ritenersi come una *dos tacita*?

II. Il concetto della così detta *dos tacita* è estraneo del tutto al diritto romano, perchè requisito essenziale della *dos* è che essa sia costituita con un atto giuridico idoneo a tal fine [2]): e ciò doveva sembrare di una evidenza intuitiva. Ma il GLÜCK [3]), mentre dice la costituzione di una *dos* per atto tra vivi essere un fatto che nel dubbio tanto meno può presumersi, in quanto ad essa si riannoda un trasferimento di proprietà; mentre soggiunge che colui, il

[1]) Vedi sopra, pag. 31 e seg.
[2]) Vedi sopra pag. 29.
[3]) op. cit., vol. 25, pag. 220 e seg.

quale afferma la costituzione di una *dos*, dee provarla, ove fosse negata, accoglie la opinione doversi nel dubbio ritenere che quanto la donna reca al marito, e gli lascia in uso ed amministrazione, gli s'intenda dato coll'intenzione di fargli con ciò sostenere i pesi del matrimonio [4]). Il GLÜCK adunque ammette la *dos tacita*, dicendo, che nella storia dell'organizzazione del rapporto coniugale la *dos* entrava come parte essenziale; che nell'organismo di questo rapporto si trova che tutto ciò che la donna porta al marito, e abbandona alla disposizione e al godimento di costui, non può darglielo con nessun'altra intenzione se non con quella di fargli sostenere gli *onera matrimonii*; onde PAOLO dice *ibi dos esse debet*, *ubi onera matrimonii sunt* [5]).

Questa opinione venne con gravi argomenti combat-

---

[4]) GLÜCK, op. cit. pag. 221 e seg. Egli enumera le diverse opinioni e gli autori che le sostengono. Dice esservi di quelli che ritengono potersi avere la rinnovazione tacita di una *dos* già esistente, ma non poter avvenire tacitamente la prima costituzione di una *dos*. Altri escludono che possa nel dubbio presumersi la *dos*, ma credono di doversi fare eccezione per quello che nel contrarre matrimonio la donna porti al marito, e che nel dubbio vuolsi ritenere *dos*. Altri non negano che la costituzione della *dos* possa avvenire tacitamente, ma ritengono che il solo portar cose, sia nel contrarre, sia durante il matrimonio,non fondi alcuna presunzione per la qualità dotale di queste. Altri finalmente, senza fare alcuna differenza, ammettono come regola generale l'opinione ritenuta dal GLÜCK.

[5]) GLÜCK l. c. pag. 223 a 225.

tuta dall'Hasse [6]), ma fu, malgrado la efficacia di essi, riprodotta dal Sintenis [7]).

III. Il Bechmann escluse con mirabile acume e coll'aiuto delle fonti la esistenza di una *dos tacita* [8]). È fuori controversia, dice il Bechmann, che la *dos* è solo possibile quando gli oggetti ad essa destinati siano trasferiti nel patrimonio del marito, non potendo esser *dos* quello che a costui si fosse prestato o dato in deposito. Ora chi ammette la *dos* tacita dee pure ammettere due presunzioni. La prima è di ritenere che di tutte le cose, di cui la donna lascia l'uso al marito, debba intendersi data a costui la proprietà, finchè non si provi la intenzione rivolta alla semplice detenzione. La seconda presunzione è, doversi ritenere date al marito *dotis causa* tutte le cose che o espressamente o in virtù della prima presunzione si trasferiscono in proprietà di lui, finchè non si provi una intenzione diversa rivolta alla donazione o alla costituzione di beni parafernali [9]).

Or contro la prima presunzione vuolsi notare, che dove il trasferimento del dominio si riannodi a forme determinate, come nel diritto antico romano che richie-

---

[6]) *Das Güterrecht der Ehegatten.* Gibt es eine präsumtive Bestellung der Dos (*tacita dotis constitutio*) nach Römischem Recht? pag. 412 a 452.

[7]) *Das practische gemeine Civilrecht*, III, § 132, nota 12 e 71.

[8]) *Ueber die sogenannte* DOS TACITA, (*Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts* V, pag. 271 a 288) e *Das röm. Dotalr.* II, pag. 136 a 141.

[9]) Bechmann, *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts* V, pag. 272 e seg.

deva la *mancipatio* o la in *iure cessio*, mancando quelle forme, l'acquisto non si reputa avvenuto, e non è possibile ricorrere a presunzioni che di esse tengan luogo. Ed anche quando, nel diritto nuovo, la proprietà si acquistava con la semplice *traditio*, v'era sempre bisogno della intenzione di acquistare o di trasmettere la proprietà; e questa intenzione, quantunque non dovesse essere espressa, nè connessa a forme determinate, era pure qualcosa di positivo che non poteva essere sostituita da presunzioni.

Il diritto romano non riconosce presunzione dell'*animus dominium transferendi*, e se questa si fosse voluta accogliere a vantaggio della *dos*, lo si sarebbe detto espressamente. Ma i giureconsulti romani nel trasferimento della proprietà *dotis causa* non si allontanano dal diritto comune, ed anche per la *dos* richiedono un *dare*, non un semplice *tradere* [10]).

E qui il Bechmann rileva con molta acutezza la serie degl'innumerevoli dubbî, in cui s'imbatte la opposta opinione, che ammette la esistenza della *dos tacita*. E prima di tutto si domanda: in quale momento avverrebbe la *constitutio dotis*, che torna importantissima pei diritti e per gli obblighi che ne derivano? Supponiamo, dice il Bechmann, che la donna porti nella casa coniu-

---

[10]) Cfr. sempre Bechmann (*Jahrbuch*, pag. 274), il quale nota che Ulpiano nella l. 9 § 2 D. de iure dotium avrebbe avuto occasione di porre per la *dos* un principio diverso, se ci fosse stato: invece il giureconsulto muove dal presupposto che il trasferimento di proprietà dalla donna al marito è governato dai generali requisiti di ogni altro passaggio di proprietà.

gale un *canapè* (il quale non secondo il GLÜCK, ma secondo il SINTENIS può essere obbietto di dote [11])) senza manifestare la sua intenzione in nessuna guisa, e lasciando che il marito vi sedesse sopra. Quando avrà costui acquistata la proprietà del *canapè*? Nel momento in cui vi si è per la prima volta seduto, o dopo l'uso continuato di esso? Se si decide per la prima ipotesi, si viene a distruggere tutta la teoria dell'acquisto della proprietà e della *dos*, poichè si ammette che la proprietà si acquisti e si perda senza che nè colui che l'acquista, nè colui che la perde ci avessero mai pensato; e la *dos* poi non sarebbe più un negozio giuridico, ma un effetto del matrimonio, che entra *ipso iure*, e che soltanto per una protesta del marito o della donna può essere escluso. Si pone allora semplicemente la teoria che nel momento, in cui il marito abbia un oggetto della moglie e ne usi senza contradizione di costei nè protesta da parte sua, l'una perda e l'altro acquisti la proprietà *dotis causa.* E se si voglia un uso continuato da parte del marito, sorgono altre difficoltà, essendo sempre necessario sapere fino a qual tempo debba continuare quest'uso, perchè il marito ne acquisti la proprietà, quando cessa il diritto della moglie di vietare l'uso della cosa al marito e di pretenderne la proprietà, e quando comincia il diritto del marito di rivendicarla.

A tutte queste dimande il diritto positivo, dice il BECHMANN, non dà alcuna risposta.

IV. Ma vi ha ancora di più. Se si concede che il marito, sol che gli si dia il godimento della cosa, acquisti di-

---

[11]) Vedi la nostra pag. 19, nota 27.

ritti dotali su di essa, si potrebbe ancora dimandare: quali diritti egli viene acquistando? Sarebbe arbitrario pensare solo all'acquisto della proprietà, perchè, per lo scopo della dote, anche un *usus fructus* e, sotto date circostanze, anche un *usus* può bastare [12]. Per la stessa ragione, con cui dall' uso della cosa si deduce la proprietà, si può anche presumere l'acquisto di un semplice diritto reale. E come farà il giudice a decidere, quando gli si presenti un caso, in cui il marito abbia riscossa la rendita di un fondo appartenente alla moglie, senza opposizione di costei, e l'abbia invertita a scopi matrimoniali, e poi la moglie abbia venduto il fondo? Se si tratta di un *fundus dotalis*, l' alienazione sarà nulla; se invece di un *usus fructus in dotem datus*, essa sarà valida. E, ispirandosi al principio del vantaggio della moglie, si riterrà oggi dotale quello che dimani non sarà stimato per tale; sicchè non vi sarebbe mai un principio direttivo, e si dovrebbe ammettere che la *dos* fosse un *palo nella carne del rimanente sistema giuridico*, un istituto che percorre la sua via senza curarsi punto degli altri principî giuridici esistenti [13].

V. Respinta la prima presunzione, resta la seconda: ritenersi, cioè, quando il marito abbia acquistati diritti dalla moglie, che questo acquisto si sia fatto *dotis causa*, finchè non venga provata un'altra causa di acquisto. Ma anche questa presunzione, dice il Bechmann, si dee respingere.

Per la contraria opinione si pone il seguente sillogismo: è nell'essenza del matrimonio e nel dovere mo-

---

[12]) Vedi la nostra pag. 15, nota 20.

[13]) Cfr. sempre il Bechmann (*Jahrbuch*, pag. 276 e seg.).

rale, come nell'interesse giuridico della donna, che essa porti al marito un contributo ai pesi matrimoniali, ed è quindi da presumere che voglia sodisfare a questo dovere e destinare le cose sue a tale contributo. Ma il contributo ai pesi matrimoniali è la *dos*: dunque si presume che la donna abbia voluto costituire quelle cose come *dos*.

Il Bechmann risponde che questa conseguenza è falsa; poichè, se per la costruzione giuridica non è adatto il principio che la *dos* sia un contributo ai pesi del matrimonio [14]), il principio opposto è molto meno esatto, perchè la donna può sopperire a tali oneri, impiegandovi le rendite dei suoi fondi, facendo una donazione al marito, nella quale costui lucrerebbe i frutti e tutte le utilità come nella *dos*, e la cui validità per l'*oratio divi Severi* dipende dalla volontà della moglie. Costei può inoltre provvedere ai pesi matrimoniali, consegnando al marito beni parafernali, poichè la *condictio sine causa*, con cui può domandarne la restituzione, non si estende alle cose consumate dal marito, e quindi nemmeno ai frutti ed alle utilità impiegate nel matrimonio. Può la donna finalmente, e sempre per sopperire ai pesi matrimoniali, conchiudere un mutuo gratuito col marito, o una società che a costui porga un vantaggio.

E, quanto al preteso interesse della donna, si po-

---

[14]) Quest'assunto è stato già da noi ricordato e confutato. (Vedi sopra pag. 78, 83 e seg.); e però, riassumendo gli argomenti del Bechmann contro la *dos tacita*, possiamo accogliere solo quelli, che non ripugnano alla nostra precedente dimostrazione.

trebbe innanzi tutto affermare che sarebbe cura di lei di assicurarselo, costituendosi espressamente la *dos*: e ciò potrebbe fare con pochissima fatica, pronunziando una sola parola. E poi se la donna ha interesse di avere i mezzi per fornire al marito un contributo, sempre in qualche forma giuridica, l'offrirlo in forma di *dos* rileva più dell'interesse del marito, che del suo. Il marito è più sicuro nella *dos* che nella donazione e nei *parapherna*, poichè di queste ultime la donna potrebbe domandare sempre la restituzione. La donna invece ha l'interesse opposto di dare, cioè, al marito un contributo non in forma di *dos*, poichè in ogni momento potrebbe ella farsi restituire la cosa donata, anche quando perdesse la *dos* per pena a vantaggio del marito e rispettivamente dei figliuoli: potrebbe inoltre rivendicare la cosa donata da ogni possessore, mentre l'azione dotale solo ai tempi di Giustiniano ebbe un limitato carattere reale.

Sicchè, conchiude il BECHMANN, questo interesse preferito della donna, di dare proprio una *dos*, non si può accogliere incondizionatamente e fino al punto di farne fondamento della presunzione della natura dotale di un dono; ed in ogni caso tale presunzione tornerebbe così a danno, come a vantaggio della donna, perfino secondo il diritto nuovo.

VI. Quando si tien fermo al requisito della *dos*, innanzi enunciato [15]), la confutazione del BECHMANN degli ultimi argomenti, invocati a favore della *dos tacita*, potrebbe sembrare superflua, poichè non si dee esaminare se alla

[15]) Vedi sopra pag. 29*e*).

donna convenga più la *dos* che la donazione, e così via, ma solo se la *dos* sia stata costituita o espressamente o tacitamente. E ciò vuolsi qui notare senza incorrere in una *petitio principii*, poichè, come lo stesso BECHMANN [16]) ricorda, la *dos* è tutta un istituto giuridico positivo con conseguenze proprie positive, che, come ogn'altro rapporto giuridico positivo, non si può presumere, ma può essere costituito solo dalla volontà delle parti, dichiarata in una maniera riconoscibile. Se a ciò si fosse posto mente, la quistione intorno alla pretesa *dos tacita* non avrebbe potuto sorgere [17]).

VII. Veniamo ora alle fonti. Il BECHMANN cita la l. 9 § 2 D. DE IURE DOTIUM:

> ULPIANUS *libro trigesimo primo ad Sabinum*
> Dotis autem causa data accipere debemus ea, quae in dotem dantur.

Il BECHMANN respinge la interpretazione del GLÜCK [18]), il quale crede che ULPIANO abbia voluto dire, la *dos* non potersi presumere, ma doversi provare. Questo principio, soggiunge il BECHMANN, ULPIANO non avrebbe espresso in tal modo, e la idea che la *illatio dotis* si potesse presumere dovette essere così lontana dalla mente dei giureconsulti romani, da non parer loro meritevole di una particolare confutazione. ULPIANO invece si domanda: quando è che una cosa debba reputarsi data *dotis causa*? E risponde: *si in dotem datur*. Ma il *dotis causa* non significa qui lo scopo subbiettivo del *dans* e dell'*accipiens*,

[16]) Cfr. sempre nel *Jahrbuch* pag. 281.
[17]) BECHMANN l. c. pag. 281.
[18]) *Ausführliche Erläuterung*, vol. 25, pag. 221.

poichè esso è espresso colle parole « *in dotem dari* ». Il *dotis causa* dinota la causa giuridica obbiettiva, la causa materiale, su cui l'*accipiens* fonda la sua proprietà: la *causa* ha qui lo stesso significato, che nella l. 1 D. *eod.*, in cui Paolo dice: *dotis causa perpetua est.* Una *causa perpetua* non è altro se non una causa giuridica, un titolo per cui si trasmette la proprietà: ogni causa, per potere fondare la proprietà, dev'essere *perpetua*, cioè deve potere produrre l'effetto, *ut res semper apud eum sit, qui accipit,* non essendo possibile una proprietà limitata a tempo stabilito [19]).

Alla domanda dunque: quando un dono della donna al marito è *dos*, cioè quando questo dono a titolo di *dos* si è trasferito nel patrimonio del marito, Ulpiano risponde: quando esiste la intenzione di dare la cosa come *dos*. La obbiettiva *causa dotis* non è possibile senza questa intenzione di dare la cosa come *dos*. S'intende da sè, e lo si trova anche nelle parole del frammento, che tale intenzione debba essere dichiarata: nel § 3 della stessa l. 9 cit. D. de iure dot. si dice:

> § 3. Ceterum si res dentur in ea, quae Graeci παράφερνα dicunt quaeque Galli peculium appellant, videamus, an statim efficiuntur mariti ..... plane si rerum libellus marito detur, ut Romae vulgo fieri videmus (nam mulier res, quas solet in usu habere

[19]) Se il Bechmann avesse tenuto fermo a questa interpretazione della l. 1 D. de iure dotium, non gli sarebbe stato possibile, alcuni anni dopo, di volgere questa contro la opinione dominante del contributo. Vedi sopra, pag. 78 e seg., 101 e seg.

in domo mariti neque in dotem dat, in libellum solet conferre eumque libellum marito offerre, ut is subscribat, quasi res acceperit, et velut chirographum eius uxor retinet res quae libello continentur in domum eius se intulisse): hae igitur res an mariti fiant, videamus. et non puto, non quod non ei traduntur (quid enim interest, inferantur volente eo in domum eius an ei tradantur?), sed quia non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur, sed magis ut certum sit in domum eius illata, ne, si quandoque separatio fiat, negetur:....

L' *in parapherna dare* suppone una dichiarazione espressa, poichè, senza di essa, non vi ha alcun passaggio di proprietà, *quia non hoc agitur*, *ut dominium transferatur* [20]).

Tutto ciò dimostra che colui che assegna una *causa dationis*, sia di donazione o di *dos*, deve fornirne la prova; e questa può raccogliersi, quando manchi la dichiarazione espressa, da fatti concludenti, che dimostrino la esistenza dell'una o dell'altra causa; e, nel caso della *dos*, se la esistenza della *causa dotis* non si riesca a provare, essa è esclusa senza potersi ricorrere a presunzioni.

Dalla negazione della *causa dotis* però non si può raccogliere una presunzione per la natura parafernale dei beni [21]).

Il diritto romano dunque non riconosce la esistenza di una *dos tacita* nel senso innanzi ricordato.

VIII. Vi ha però due eccezioni, che nelle fonti sono

---

[20]) Bechmann l. c. pag. 284 e seg.

[21]) Bechmann l. c. e Czyhlarz (*Das röm. Dotalr.*, p. 164).

chiaramente rilevate e che confermano tale principio; poichè se la *dos tacita* si fosse ammessa dai giureconsulti romani, quelle eccezioni non sarebbero state tali, ma applicazioni del principio generale.

La prima eccezione si riferisce alle nozze servili.

> La l. 39 D. DE IURE DOTIUM [22]) suona così:
> ULPIANUS *libro trigesimo tertio ad edictum.*
> Si serva servo quasi dotem dederit, deinde constante coniunctione ad libertatem ambo pervenerint peculio eis non adempto et in eadem coniunctione permanserint, ita res moderetur, ut, si quae ex rebus corporalibus velut in dotem tempore servitutis datis exstiterint, videantur ea tacite in dotem conversa, ut earum aestimatio mulieri debeatur......

Quivi si dice che la *quasi dos,* la quale vien data dalla schiava nelle nozze servili, allora diventa *dos,* quando l'unione per effetto della manumissione coll' abbandono del peculio si converta in matrimonio, e la donna non domandi la restituzione della *quasi dos.*

La seconda eccezione si riferisce al matrimonio che si rinnova dopo il divorzio, in cui la *dos,* non restituita alla moglie e ancora in possesso del marito, diventa nuovamente *dos* pel secondo matrimonio.

> l. 30 D. DE IURE DOTIUM. PAULUS *libro septimo ad Sabinum.*
> Dotem, quae in prius matrimonium data est, non aliter converti in posterius matrimonium dicendum est, quam cum hoc agitur: dum hoc agi semper interpretemur, nisi probetur aliud convenisse.

---

[22]) Vedi sopra la nostra nota 14, pag. 11, e sempre CZYHLARZ l. c.

l. 40 ULPIANUS *libro trigesimo quarto ad edictum*. Divus Severus rescripsit Pontio Lucriano in haec verba: « Si mulier, quae dotem dederat, post divor-
« tium rursus in matrimonium redit non revocatis in-
« strumentis, non dubitabit is, apud quem res agetur,
« secundum voluntatem mulieris, quae utique non in-
« dotata redire in matrimonium voluit, partibus suis
« fungi quasi renovata dote ».

Or nel primo caso la *quasi dos* della schiava non poteva divenire *dos* [23]). Ma se l'*animus dotis constituendae*, come l'*affectio maritalis*, fosse continuato, avrebbe, dopo la manumissione, prodotta la *dos*, pari alla continuata *affectio maritalis* che aveva prodotto il matrimonio; e come questa si esprime nella continuazione del legame, così l'*animus dotis costituendae* si manifesta nel fatto di essersi lasciata al marito la *quasi dos* [24]).

Il secondo caso poi si ravvisa come una singolarità giustificata da particolari circostanze [25]). Si suppone che la *dos* del primo matrimonio non si sia restituita alla donna, e si trovi ancora, come abbiamo già notato, nel possesso del marito, quando il matrimonio si rinnova. Che se la donna si avesse fatta restituire la *dos*, e nel momento del secondo matrimonio l'avesse portata nella casa coniugale, il prescritto nelle due leggi citate non potrebbe avere applicazione. In quel caso si tratta piuttosto di non chiedere la *dos*, che di costituirla, e il silenzio della donna conduce poi con tutta evidenza alla conclu-

---

[23]) Vedi la nostra pag. 20, nota 29.

[24]) CZYHLARZ (op. cit. pag. 165).

[25]) BECHMANN (l. c. pag. 285).

sione, che la *dos* debba essere destinata anche al secondo matrimonio [26]). Qui la *dos* costituita pel primo matrimonio è realmente rimasta sempre tale, e non ha perduto il suo carattere fino al secondo matrimonio.

In entrambi questi casi l'*animus dotis constituendae* esiste sempre, mentre ciò non avviene nella così detta *dos praesumta*, in cui il semplice fatto di portare nella casa coniugale obbietti di *dos* non vale a dimostrare quell'*animus* [27]).

---

[26]) BECHMANN, l. c. e l. 66, § 5, D. SOL. MATR.

[27]) CZYHLARZ l. c. Sui due casi particolari innanzi riferiti vedi pure DERNBURG (*Pandekten*, III, § 16, n. 5, nota 15), BARON (*Pandekten*, § 332, pag. 604 in f. e 605 e i luoghi delle fonti ivi citati), il quale ritiene essere in diritto romano ammessa la *dos tacita* nel solo secondo caso da noi ricordato. Vedi pure HASSE (*Das Güterrecht*, pag. 452 a 474).

Sulla pretesa *dos tacita*, cfr. inoltre PUCHTA (*Pandekten*, § 423, pag. 612), SEUFFERT (*Praktisches Pandektenrecht*, III, § 453, nota 1).

Il WINDSCHEID (*Lehrbuch* II, § 494, nota 13) riconosce che, dal punto di vista romano, le idee del BECHMANN sulla esclusione della *dos tacita* sono incontrastabilmente esatte.— Vedi finalmente BRINZ (*Lehrbuch*, III, pag. 732 n. III).

INDICE DELLE FONTI

(Il numero arabo indica la pagina. La lettera n indica la nota).

I. Fonti antigiustinianee.

II. Fonti giustinianee.

3) *Codex.*

4) *Novellae.*

III. Fonti postgiustinianee.

Basilica.

corrigenda et addenda

pag. 7 nota in f. q. Mucius Scaevola	leggi	Q. Mucius Scaevola
» 8 nota (continuazione della nota 10) mit bezug auf die heutigen verhältnisse	»	mit bezug auf die heutigen Verhältnisse.
» 9 nota de donat. intem	»	de donat. inter
» 12 n. 16 Ad Sctum Velleian. 29	»	4,29.
» 17 n. 21, vedi appendice II.	»	vedi appendice I.
» 19 n. 27. Il corredo, cioè il complesso di quelle cose che la moglie porta al marito per uso di lei o comune o pel primo	»	per suo uso esclusivo o comune e pel primo
» *ibidem*: Sintenis (*Das practische gemeine Civilrecht*, vol. 2	»	vol. 3
» 20 n. 28 secutae non fuerunt	»	secutae non fuerint
» *ibidem*: che si trovano, con un saggio d'interpetrazione propria, riassunti dal	»	che si trovano riassunti nel
» *ibidem*:	agg.	Pellat (*Textes sur la dot* pag. 81 a 92).
» 21 n. 28 l. 10. D. de sponsalibus 23. 2.	leggi	l. 10 D. de sponsalibus 23. 1.
» 21 n. 29 *sinuptiae*	»	*si nuptiae*
» 22 (continuazione della nota 29) Cfr. pure Vindscheid Lehrbuch § 427, nota 12 e § 493 nota 6 e 7	»	§ 492, nota 6 e 7
» *ibidem*: dopo le parole (Voigt l. c. pag. 522)	agg.	Il Windscheid replicò al Voigt nella 4ª ed. del suo *Lehrbuch*, che ci è stato impossibile di consultare.
» 30 n. 35 l. 89 § 5 De legatis II	leggi	De legatis 31
» 31 nota. Il Mitteis (pag. 278, n. 22 e pag. 422 e seg.	»	Il Mitteis (pag. 278 n. 22 e pag. 421 e 422 e seg.)
» 32 n. 36 (cfr. la nostra pag. 16 n. 19)	»	(cfr. la nostra pag. 14 nota 19)
» 34 (cont. n. 37) Dotis autem causa	»	Dotis autem causa data
» *ibidem*: dos si forte solemniter	»	dos si qua forte solenniter
» 38 (cont. n. 41) Karlowa (Röm Rechesgesch	»	(*Röm. Rechtsgesch.*
» 38 n. 42 Ulp. IV. 5	»	VI. 5
» 41 n. 45 vedi sopra, pag.	»	vedi sopra, pag. 27.
» 53 nota (cont. n. 57) nihilominus maritus dotis persecutionem habebit; sive heres	»	persecutionem habebit, sive heres

pag. 63 in fine dotem penes maritum rimanere	leggi dotem penes maritum remanere
» 65 n. 72 verso la fine, vedi sopra la nostra nota 29 pag. 25	» nota 29 pag. 24
» 68 vel muliers	» vel mulier
» *ibidem*: verso la fine Respondit	» respondit
ut iadversus	» uti adversus
» 69 in eo duntaxat	» in eo dumtaxat
» 85 recte que hoc nomine	» recteque hoc nomine
» 85 n. 87 17 Imp. 18 Idem	» 17 COD. DE IURE DOTIUM 18 COD. *eodem*
» 90 n. 96 de pecunia constituta 18,5	» 13,5
» 91 seguito della nota 96 verso la fine PETRAZYCKI (Die Furchtvertheilung)	» PETRAŽYCKI (Die Fruchtvertheilung)
» 93 Sed ita	» sed ita
» 94 (propre enim indotatam	» prope enim indotatam
» 101 dalla nota l. D. DE IURE DOT	» dalla nota I. 1. D. DE IURE DOT.
» 101 n. 106 CZYKLARZ	» CZYHLARZ
» 103 E qui il BECHMANN combatte la interpretrazione	» la interpetrazione
» 105 n. 112 « Contro il VOIGT	» Contro il VOIGT,
» 106 nota (cont. n. 112) Il che, soggiunge lo CZEHLARZ	» lo CZYHLARZ
» 106 nota (cont. n. 112 quasi verso la fine) ed indicando ad un tempo	» indicando ad un tempo
» 109 rei humanae ac divinae	» rei humanae atque divinae
» 110 nota (cont. n. 117) *pectus suum gladiopercussit.*	» *gladio percussit.* Sul valore giuridico delle commedie di PLAUTO cfr. KRÜGER
» *ibidem*: KRUGER (*Geschichte der quellen*	» *Geschichte der Quellen*
» 111 l. 20 eod. PAULLUS libro septimo	» PAULUS libro septimo
» 111 quia et pacisci solent	» soleant
» 114 *dem iuristichem Haupte*	» *dem juristischen Haupte*
» 115 verso la fine. In quella *praeceptio* si tien conto di un postulato dell'equià	» dell'equità
» 120 (in nota) 12) vedi pag. 44 e seg.	» 127) vedi pag. 44 e seg.
» 145 n. 6 *de iure dotium*	» DE IURE DOTIUM
» 149 n. 15 im juristichen Sinne	» im juristischen Sinne
» 150 n. 20 . . . 23,4	» 23,5